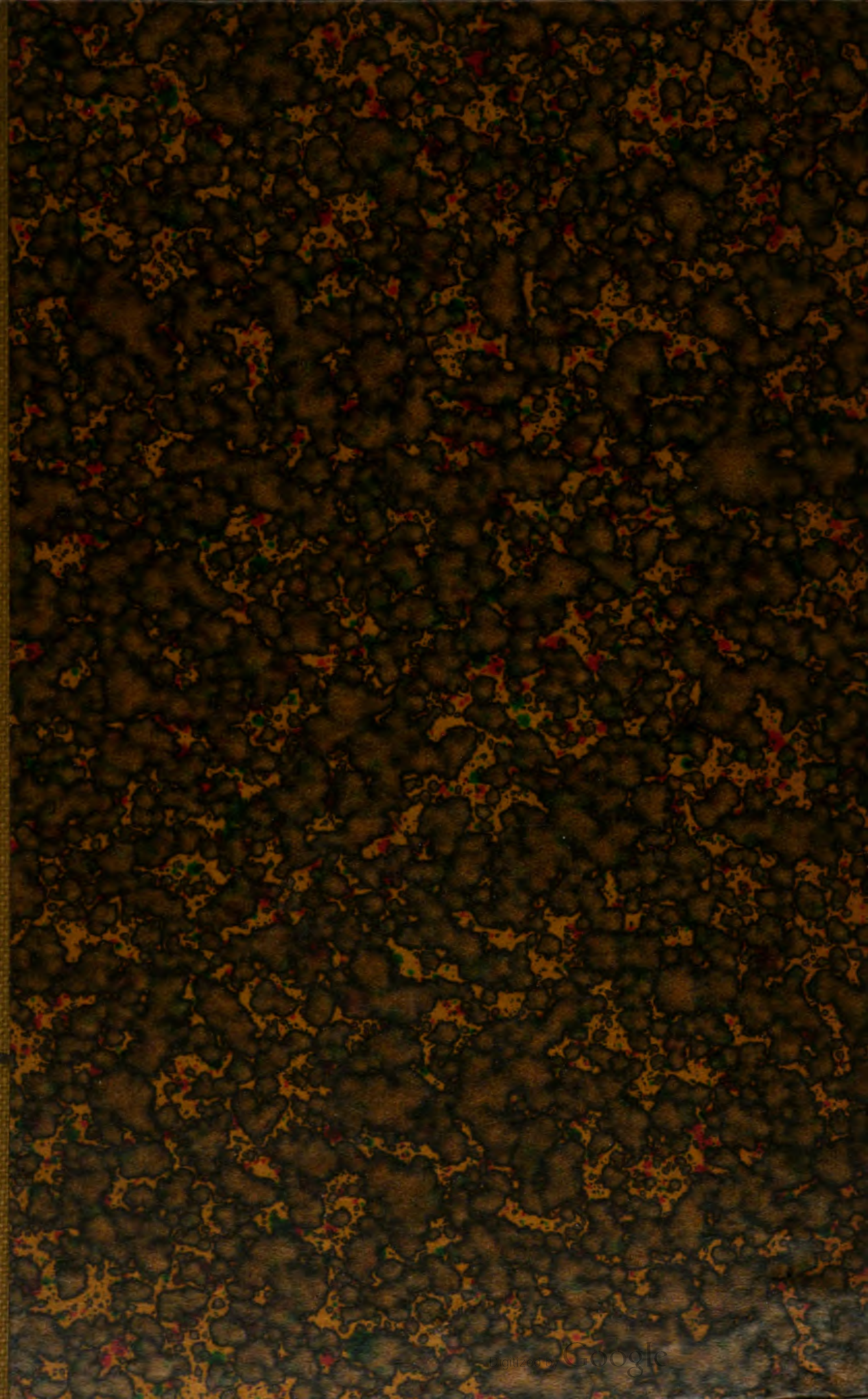



P. DE MEYER
BOEKBINDER RELIEUR
TICHELRIJ, 13
GENT



Rheinisches Museum

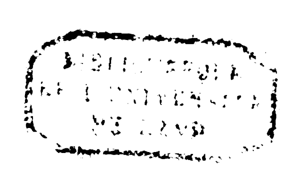
für

Jurisprudenz.

Herausgegeben

von

F. Blume, J. C. Hasse, G. F. Puchta
und Ed. Puggé.



Dritten Jahrganges erstes Heft.

Bonn,
bei Eduard Weber.
1829.

Rheinisches Museum

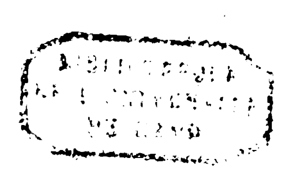
für

Jurisprudenz.

Herausgegeben

von

F. Blume, J. C. Hasse, G. F. Puchta
und Ed. Puggé.



Dritten Jahrganges erstes Heft.

Bonn,
bei Eduard Weber.
1829.

Inhalt.

Seite

Von der Schenkung Todes halber
(neueres und heutiges Recht)

von Hasse.

(Fortsetzung des Aufsatzes über Erbvertrag rc.)

§. 4. (Cap. 3.)

Schenkung Todes halber unter den byzantinischen Kaisern. Aenderungen Justinians.

1. Die spätern Kaiser haben, so viel wir wissen, keine die m. c. donatio eigends und für sich betreffenden Verordnungen gemacht. Jedoch scheint in dem ganzen Geschlecht der donationes auch auf sie eingewirkt zu haben, daß, was anfangs für die Schenkungen so ganz ohne Belang war [211]), jetzt ein wichtiges Erforderniß derselben wurde, nämlich das was wir gerichtliche Insinuation nennen. Es erklärt sich das wohl: es war dieß an die Stelle der Lex Cincia getreten, ohne daß man aber diese beide darum in allen ihren nähern Bestimmungen und Zwecken für ganz congruent zu halten nöthig hat [212]).

211) Rhein. Museum Jahrg. 1. H. 3. S. 191 am Ende.

212) So z. B. scheint es mir übereilt, daraus daß die Insinuation anfangs bey allen Schenkungen ohne Unterschied verlangt worden — dieß einmal als ausgemacht angenommen — gleich rückwärts zu schließen, daß bey der Lex Cincia auch kein Unterschied zwischen großen und kleinen Schenkungen gemacht worden. Seit Constantin machte man allerley Versuche der Art, die doch nicht immer durchgesetzt wurden, da sie die Geschäfte mit Formalitäten überluden. Vergl. Vat. §. 35. 249. mit L. 2. C. Theod. de contr. emt. und L. 1. C. Theod. de donat.

Bey solchen Schenkungen Todes halber nun aber, haben wir angenommen, welche die Reue ausgeschlossen hatten, trat die Cincia ein. Und so mochte man auch bey diesen nunmehr die neue Form zu erfordern für gut halten, da dieß schon wahre Liberalität war, und gewiß nicht mit Unrecht, da die Form Letzter-Willen bey ihnen niemals noch angewandt worden war. Manche Kaiser waren überhaupt geneigt, sie in Beziehung auf diese Form den gemeinen Schenkungen gleich zu stellen [213]). Da indeß auch das Fideicommiß nun nicht mehr formlos blieb, sondern wenigstens an die Codicillarform (5 Zeugen) gebunden wurde; so konnte man auch füglich auf den Gedanken kommen, da wo bey gemeinen Schenkungen Insinuation verlangt wurde — und das trat nur noch ein so weit sie sich über eine bestimmte Summe beliefen —, die Codicillarform zu verlangen. Vielleicht war man zu Justinians Zeit hierüber in Ungewißheit gerathen; wenigstens läßt sich nicht bezweifeln, daß ein streitiger Fall dieser Art die L. ult. (4) C. h. t. hervorgebracht hat.

2. Ehe wir aber Justinians L. ult. cit. selbst würdigen; wollen wir uns noch erst einmal unabhängig davon die Frage vorlegen: was konnte Justinian hier ändern? Justinian hat bekanntlich im Tit. C. communia de legatis die Legate und Sing. Fideicommisse einander ganz gleich gestellt. Das konnte er im vollsten Sinne, denn der Unterschied beruhte auf der Form (s. oben S. 343.), diesen Unterschied hinweggenommen, und alles war gleich, denn der wesentliche Zweck, jemanden etwas Einzelnes aus dem Ganzen der Erbschaft zuzuwenden, war beiden immer gemein gewesen. In der Praxis war das ohnehin schon planirt, da die Formen der Legate im Orient nie volksthümlich hätten werden wollen, die noch übrigen Unterschiede lagen nur noch in den Außenwerken: und so war seine Entscheidung, um alle Ungewißheit zu heben — wobey er denn nur dem alten Recht in gewohnter Weise

213) L. 1. C. Theod. cit.

Unrecht thut — höchst verständig. Wäre sie aber auch höchst unverständig, so müsten wir sie doch befolgen, wo noch Justinianisches Recht gilt, und das ist durchweg noch in Teutschland der Fall; denn daß das römische Recht auch hier von jeher nur eigentlich als geschriebene Vernunft gegolten habe, tönte mir nur neulich noch einmal wieder als eine ferne längst verklungene Sage ins Ohr. In derselben Weise nun aber, wie dieß mit den Legaten und Fideicommissen geschehen war, auch die Legate und die Schenkungen Todes halber einander gleichzustellen, das war schier unmöglich. Ein Gesetzgeber kann die Handlung bestimmen, aber nicht die Gedanken, er kann nicht gebieten, daß man denken solle was undenkbar ist. Er konnte freilich sagen, es soll nur eine Form für beide geben; damit hatte er sie aber noch nicht einander gleich gemacht, denn sie waren, wie gezeigt worden, ihrem materiellen Charakter nach verschieden. Er konnte aber auch sagen, indem er diesen stehen ließ, sie sollen von nun an zwey unterschiedliche Species von demselben Genus Legat seyn; was hatte er denn aber damit gewonnen? nichts andres als einen neuen Namen für die alte Sache, einen Geschlechts-Namen für zwey Dinge, die in keinen Geschlechts-Begrif, der nur auf sie beide anwendbar wäre, hineinpassen wollen. Wollte er aber wirklich alle Ungleichheit aufheben, so muste er Eines zerstören, und das wäre denn nichts weiter gewesen, als daß er einen bedeutenden Theil des bis dahin vorhandenen Rechtsstoffs aus dem Leben geschafft hätte. Es war aber noch Eines übrig; nämlich in den einzelnen Gleichstellungen, die bisher noch hie und da bestritten worden waren, und die hier demjenigen, der das Wesen ansah, als die Aussenwerke erscheinen mußten, wie dort bey den Fideicommissen grade die Unterschiede, — ein für allemal und allgemein zu entscheiden, Legate und Schenkungen Todes halber sollten sich gleich stehn. Und da war es denn gut, mit den Worten zurückzuhalten und nicht weiter zu gehn als

seine Gedanken. Ich will wohl glauben, daß Justinian nicht, ehe er zur That schritt, sich diese Möglichkeiten alle klar vor Augen gehalten hat, denn sonst würde er sich behutsamer und genauer ausgedrückt haben. Wir wollen aber nun sehn, was er gethan hat.

3. Justinian erzählt zuerst in seiner Constitution, wie man früher uneinig gewesen. Zuförderst hätten einige die m. c. donatio unter die Letzten Willen gestellt, (inter ultimas voluntates posuerunt) und sie demnach den Legaten beyzuordnen gedacht (et legatis aggregandam esse censuerant). Man kann nicht zweifeln, daß dieß auf die oben erwähnten Streitigkeiten der Klassiker geht, und die Vermuthung, daß in vielen Punkten, und nur nicht allen, es leicht den Ausschlag gab, daß eine ultima i. e. usque ad mortem ambulatoria voluntas dieser Schenkung mit den Legaten gemein war, wird dadurch bestätigt. Andre hätten sie denn aber unter die donationes, quae inter vivos consistunt, gestellt. Durch diese Art die Sache auszudrücken gewann Justinian einen reinen Gegensatz, ohne dadurch jemanden zumuthen zu wollen, dieß anders und unbedingter oder wesentlicher zu nehmen, als es wirklich wahr war. Diesen Streitigkeiten wollte er nun, das kündigt er an, ein Ende machen und in dieser Absicht verordnet er, was wir hier wohl mit Zahlen auseinander setzen dürfen, obgleich es dort in einem Context fortläuft, wie folgt:

1) keine m. c. donationes, mogten sie nun mit Rücksicht auf einen nahe bevorstehenden Tod (hier mogte die Ausschließung der Reue am wenigsten Bedenken machen eine ultima voluntas anzunehmen, da die Rettung aus der Gefahr noch Rücknahme möglich machte), oder auf den entfernten Tod vollzogen werden, sollten jemals der Insinuation zu den Akten bedürfen. Diese Gleichstellung also, die man in neuerer Zeit mit Schenkungen unter Lebenden zu machen versucht hatte, solle ganz hinwegfallen. Vielmehr

2) sollte man es so machen, daß man fünf Zeugen adhibirte, und vor diesen die Schenkung vollzöge, gleich viel ob man darüber eine Schrift aufsetzte, oder bloß mündlich verführe. Dann, wenn dieß geschehen, solle niemand die Schenkung deshalb anfechten können, weil sie nicht gerichtlich insinuirt worden sey. Im Gegentheil

3) die Schenkung solle dann alle Wirkungen haben, welche »ultimae liberalitates« überhaupt hätten, und sie solle dann in keinem einzigen Stücke anders angesehen werden als diese (»et omnes effectus sortiatur, quas ultimae habent liberalitates, neque ex quacunque parte absimilis eis intelligatur«).

4. Darüber wollen wir nur erst einmal ganz aufrichtig seyn, daß es hier gar nicht auf eine Gleichstellung im Wesentlichen, in der Hauptsache, sondern grade in den Einzelnheiten, grade in allen einzelnen Punkten abgesehen war. Daß hier mit den ultimae liberalitates Legate und Fideicommisse, mit einem Worte Vermächtnisse gemeint sind, und dieß nicht so verstanden werden kann, wie ich es wohl einmal, um ein Wort zu haben, für jenen oft vorgekommenen Grenzfall genommen habe, gebe ich von selbst zu. Nur daß hier Justinian die ultima voluntas als generelles Merkmal immer vor Augen schwebte, ist nicht zu verkennen. Also in allen Einzelnheiten soll sich das gleich stehn. Begriffen diese nun das Wesen und was aus diesen an Einzelnheiten folgt mit, so wäre die m. c. donatio aus dem Recht verbannt, denn daß die Vermächtnisse am Leben geblieben, wird niemand bezweifeln: man könnte nun gar nicht mehr so schenken, daß die Gabe erst volle Festigkeit durch den Tod des Schenkers erhielte, und doch nicht in die Erbschaft käme, doch nicht erst par delivrance dem Begabten zugewandt, sondern unmittelbar vom Schenker auf diesen übertragen würde (»praesens praesenti dat.« — »δωρεὰ παραχρῆμα δίδοται«), daher müßte

hier denn auch immer die Form eines Vermächtnisses beobachtet werden, dann hätte denn aber auch der Beschenkte sich dagegen aller Vortheile eines Legatars zu erfreuen, aber eben nur weil er gar nichts anderes wäre. Die Empfangnahme des Geschenks wäre hier dann so gleichgültig wie nur irgendwo, und der Erbe wäre es dann immer, an den sich der so genannte Donatar zu halten hätte. In der That, man hat nur die Wahl, ob man dieses annehmen, oder die ganze Constitution nur von allen Einzelnheiten verstehen will, in denen ehmals die Gleichstellung mit Legaten allein nur zur Rede kommen konnte, und die wir oben durchgegangen sind, so daß sie also auch alles Uebrige, das Wesen beider und was damit irgend zusammenhängt unberührt läßt, und in der That nur die Außendinge angeht. Diese waren aber noch erheblich genug, um eine Constitution deshalb zu geben, zumal da noch der Zweifel über die Form hinzugekommen war, der denn hier gleich mit entschieden wird. Zu dieser letzten Auslegung sind wir nun aber auch auf alle Weise genöthigt.

5. Die L. ult. ist vom Jahre 530, die Pandekten sind also später verfertigt. Daß in dem hieher gehörigen Titel dieser irgend antiquirtes Recht vorgetragen werden sollte, daran ist nicht zu denken. Nun hat sich aber schon gezeigt, daß in diesem, so wie in andern Pandekten-Titeln, die einmal beyläufig etwas über m. c. donatio enthalten, das sich immer gleich gebliebene Wesen der m. c. donatio und ihr unterscheidender Charakter auf alle Weise aufrecht erhalten worden ist, daß wo eine Einzelnheit vorkommt, die nach diesem nothwendig zu bestimmen ist, die Folgerung richtig gezogen wird; wogegen sich keine einzige Behauptung aufgenommen findet, die mit diesem Charakter in Widerspruch stände. Wo dagegen es auf Außendinge ankam, die man so und anders nehmen konnte, je nachdem man die unterschiedlichen Aehnlichkeiten mit der Donatio und wiederum mit dem Legat höher in Anschlag brachte, da, haben wir gesehn, wird alles ad

exemplum legatorum eingerichtet, so daß in dieser Beziehung der Verfertiger der Institutionen §. 1. h. t. recht füglich sagen konnte: »hae mortis causa donationes ad excemplum legatorum redactae sunt per omnia.« Im Verfolg der Rede scheint ihm zwar eine Ahnung davon zu kommen, daß doch noch irgend ein unterscheidender Character übrig geblieben: a nobis constitutum est, ut per omnia *fere* legatis connumeretur [214]. Allein da war denn auch inzwischen von Eigenschaften die Rede gewesen, die sie mit dem Legat, und andern die sie mit der Donatio gemein hatte, und da mogte sich der Verfasser leise bewußt werden, daß noch jetzt einige Aehnlichkeit mit der Donatio, außer dem Namen, übrig geblieben. Es erklärt sich leicht aus der damaligen Ungründlichkeit zusammen gehalten mit der eben schon erwähnten Art der klassischen Praktiker, denen der juristische Charakter sich von selbst verstand, diese Sache zu behandeln, daß Justinian und diejenigen, welche er seine Gesetze verfassen ließ, die Außenwerke durchaus schon für das Wesentliche ansahn. Und so konnte man wohl dahin kommen, in der Nov. 87 praef. (unglossirt) von der m. c. d. grade heraus zu sagen:

ληγάτον αὐτὴν εἶναι παντελῶς ἀπεφηνάμεθα.

Und doch zeigt auch hier die ganze Verbindung, daß es dem Autor dieser Novelle nicht in den Sinn gekommen war, sie in dem Legat ganz und gar aufgehen zu lassen. Denn dieß alles wird doch nur in Beziehung auf die alten Controverse der Klassiker gesagt, und bescheiden setzt er nur seinen Ruhm darin, daß er die Ansicht der meisten und besten von ihnen ausgewählt habe. Hier und in dem folgenden Capit. 1. spricht er dagegen deutlich aus, daß im übrigen vim suam habeant mortis causa donationes, und insbesondre legt er

214) In diesem Sinne legte es Theophilus ad h. l. aus: »fere« autem dici, quoniam a vivente sit in viventem, ohne aber diesem Charakter ein besondres Gewicht beyzulegen, und ohne zu entwickeln, was in ihm lag.

noch ein Gewicht darauf, daß er sie nicht bloß von der Form der großen Schenkungen frey gemacht, sondern auch alle Hinzufügung jeglicher Bedingungen, ja insbesondere nach Julians Vorgaug (L. 13. §. 1. D. h. t.) die Reue auszuschließen gestattet habe, das alles nämlich in den Pandekten. Man sieht hieraus, daß er sich seine ältere Constitution in genauester Verbindung mit dem Detail der Pandekten dachte, so daß diese zusammen also, nach seiner eignen Idee, als theoretisch-praktisches Ganze, worin nichts Widersprechendes ist, erkannt und begriffen werden müssen. Zugleich ergibt sich denn aber auch hier wieder, daß jener Grenzfall der ausgeschlossenen Reue der gewöhnliche Stein des Anstoßes unter den Klassikern in Beziehung auf jene Außendinge muß gewesen seyn[215]) und daß Justinian diesen gänzlich hinwegnehmen wollte, nicht dadurch, daß er ihn ganz aus der m. c. d. herausnahm, sondern dadurch daß er ihn in jede Gleichstellung mit dem Legat hineingezogen wissen wollte, wie das denn die besten ICti schon sollten gemacht haben[216]).

6. Sieht man bloß auf den Contert der L. ult., so könnte man leicht versucht werden — wie denn auch schon Manche dieser Versuchung nicht haben widerstehen können — alle Vorschriften derselben auf die großen (damals über 300, im folgenden Jahr über 500, vor 529 über 200 sol.) Schenkungen zu beschränken, denn die decisiven Worte sind sämmtlich darin mit der Befreiung von der gerichtlichen Insinuation so verschlungeu und verschränkt (oben habe ich die Verbindung, um alles zu sondern, lockrer gehalten), daß sich dieser Gedanke von selbst darbietet, wenn man sich nicht einen andern Sinn aus Tradition eingeprägt hat. Allein der Zusammenhang mit den Pandekten, und der in der Constitu-

215) In der Novelle gab freilich der zum Grunde liegende Fall selbst Veranlassung dieß zu erwähnen, aber es wird auch da grade in Beziehung auf die Verfassung der Pandekten und Julians vorgezogene Meinung erwähnt.

216) Von Papinian haben wir es bey L. 42 D. h. t. gesehn.

tion selbst schon ausgesprochene, und zwar nicht aus dem vorgelegten Fall, aber aus dem auf Veranlassung desselben gemachten Studium der Controversen gefaßte Vorsatz, diese durch eine durchgreifende Entscheidung zu beseitigen, führt auf ein anderes Resultat. Höchstens kann man Haubold a. a. O. S. 463. 464. zugeben, daß die Form von 5 Zeugen bloß von der großen Schenkung gemeint sey. Ich will es nicht bergen, daß ich dieß anzunehmen sehr geneigt wäre, denn anders freilich bekommen wir schon für das Justinianische Recht, was oben an dem Verhältniß des T. Erbvertrags zum Testament getadelt worden: ein bindendes, ja sogar schon hier alles abschließendes Geschäft, ohne alle Form (Schenkung unter Lebenden bis zu 500 Solid. — gewiß bey weitem der häufigste Fall), und dagegen ein regelmäßig widerrufliches, auf jeden Fall noch nicht ein abgeschlossenes Geschäft (Schenkung Todes halber eben so) mit gewiß sehr lästiger Form. Es lassen sich hier Fälle denken, was ich keinen Praktiker lehren darf, wo man mit dieser Form, z. B. wenn mündlich geschenkt worden, und es zweifelhaft wäre, ob »unter Lebenden« oder »Todes halber« in der Absicht lag, — in nicht geringe Verlegenheit kommen kann. Allein ich kann mich nicht entschließen, auch dieß nur für die Praxis, die sich vielleicht schon anders eingerichtet hat, allgemein zu behaupten. Was aber in dieser Verschlingung über die Gleichstellung mit Letzten-Willen gesagt ist, das muß allgemeiner verstanden werden, wie es aber zu verstehen sey, das muß im Detail aus den Pandekten gelernt werden. Und so kehren wir hier denn gelassen wieder zum klassischen Recht zurück.

7. Nur eine Aeußerung am Schluß der Constitution ist noch besonders zu beachten, es ist die, daß der Donatar hinsichtlich der Wirkungen niemals schlimmer daran seyn sollte, als bey letzten Freigebigkeiten. Daß dieß bloß darauf gehe, daß die Schenkung darum, weil sie nicht insinuirt sey, nicht geringere Wirkungen als sonst haben solle, ist zu streng;

aber es kann auch nicht mehr sagen, als im Zusammenhang des Ganzen liegt. Die obigen Gleichstellungen mit dem Legatar beziehen sich alle auf Lasten und Schwierigkeiten für den Donatar: nun soll er aber, so weit es ihm noch nützen kann, und nicht schon die Natur der Schenkung ihm alles von selbst gewährt, auch die dem Legatar gewährten äußern Vortheile genießen. Dahin würde ich z. B. rechnen, daß wenn bloß promittirt worden, oder sich sonst faktisch die Sache in der Erbmasse befände, dem Donatar wie dem Legatar ein Pfandrecht gegen den Erben zugestanden würde; obgleich freilich sonst hier bey res donata keine Obligatio des Erben Statt findet; hier würde sie einmal utilitatis causa fingirt. Dadurch würde die Falcidia gleichsam compensirt [217]), und verschiedne Dinge würden darum noch nicht vermengt werden.

8. Auf den Unterschied, ob das Eigenthum sofort oder erst beym Tode übertragen worden, ist hier so wie anderwärts gar kein Gewicht zu legen; theils weil Justinian es selbst nirgends thut, theils weil es auch nirgends der Natur der Sache nach etwas austrägt, da, wie gesagt, wo nur nicht die Reue ausgeschlossen worden, allemal ultima voluntas ist, und sich so auch leicht factisch die Sache in der Herrschaft des Schenkers befinden kann, wenn sie auch juristisch sich schon in dem Eigenthum des Beschenkten befindet, ohne daß der Letztere etwas dazu kann.

9. Resultate für das Justinianische Recht.

1. In allem was das Wesen der Schenkung Todes hal-

217) Daß Justinian in Nov. 22 c. 44 für den Fall, da dem m. c. beschenkten Ehegatten die Bedingung, nicht wieder zu heirathen, aufgelegt worden, ihn immer dem Erben caviren läßt, kann keine Analogie geben, denn das liegt schon in der Natur der Bedingung an sich und der dabey eingeführten Caution; grade daß sie bey der Schenkung T. h. keinem andern als dem Erben geschehn soll, zeigt den Unterschied von Vermächtniß, denn wofern die Schenkung diesem gleich war, sollte denn nicht auch bey ihr eben so gut ein Legatar oder Fideicommissar der Beschwerte seyn können?

der (Unabhängigkeit von der Beerbung) angeht und mit diesem zusammenhängt, ist sie als selbständig zu behandeln, und hat nichts mit den Legaten gemein.

2. In den Außendingen, zumal den in den Pandekten detailirten, so weit sie noch praktisch sind, aber auch anderwärts, wo es aus politischen Gründen verständig seyn kann, sie wie Vermächtnisse zu behandeln, etwa weil sonst ein Gesetz in dieser Form umgangen werden könnte, z. B. wenn nach neuestem Recht jemand in poenam kein Vermächtniß erhalten kann, da muß auch die unbedingte Justinianische Gleichstellung mit Legaten eintreten. Zuweilen würde eine solche Gleichstellung ganz unklug seyn, z. B. wenn es in L. 8. §. 2. D. de alienat. iudic. mut. c. facta heißt: »sed heredem instituendo vel legando si quis alienet, huic Edicto locus non erit,« so wird wohl niemand meinen daß auch hier die Schenkung T. h. wie ein Legat zu behandeln sey, sobald nämlich der Beschenkte unter Lebenden schon zum Besitzer gemacht (hier kann einmal etwas darauf ankommen, in welchem Sinne die Tradition geschieht) und so der erwartete Kläger auf ihn angewiesen wird.

10. Es könnte jemand sagen, da diese von mir so genannten Aussendinge eben das Erheblichste wären, so sey es praktisch angesehn nicht so großer Untersuchung und so vieles Geredes über Wesen und Charakter werth gewesen. Dieser Vorwurf träfe denn auch meine zum Theil sehr fleißigen Vorgänger in dieser Untersuchung. Allein Praktiker, die etwas weiter sehn, werden schon wissen, was damit anzufangen sey, daß die Schenkung T. h. nicht in die Erbschaft gehöre und selbst als Obligatio donata sich nur als Schuld in dieser befinde [218]. Und ist es denn wahr, daß jene Außendinge noch

218) Es ist nicht die Unabhängigkeit von der Aditio allein, und daß wenn Legate und Fideicommisse durch das Ausbleiben dieser zu Grunde gehn, doch die Schenkungen T. h. ungestöhrt bleiben, was hier praktisch so wichtig ist; sondern z. B. auch der Fall, wenn die Antretung geschehn ist, sich aber nun findet, daß zwar die Schul-

so erheblich sind? Zur Zeit der Klassiker waren sie es gewiß, aber waren sie es noch immer zu Justinians Zeit, sind sie es noch jetzt?

Die Caducität und Incapacität hat Justinian 534, also vier Jahr später als seine L. ult. d. m. c. donat. und ein Jahr nach Publication der Pandekten, aufgehoben, und so auch einen großen Theil seines Pandektentitels über unsern Gegenstand praktisch unnütz gemacht. Der Falcidia hatte er schon 531. durch sein Inventarienrecht einen großen Theil ihrer Wichtigkeit benommen; und später entkräftete er sie dadurch noch mehr, daß er dem Testator ausdrückliche Ausschließung des Abzugs zuließ [219]. Um dieser willen hatte er am wenigsten Motiv, die Schenkung T. h. dem Legat gleich

den die Güter nicht übersteigen, aber sie doch entweder a) rein erschöpfen, oder b) davon soviel hinwegnehmen, daß die Vermächtnisse, auch abgesehen von der Falcidia, gar nicht zum Vollen bezahlt werden können. Im Fall a) fallen alle Vermächtnisse weg, im Fall b) müssen sich alle Vermächtnisse kürzen lassen. Hier werden die m. c. donationes nach unserm Princip nicht zur Gütermasse geschlagen, dieß geschieht nur der Gläubiger wegen, oder des Erben wegen, damit dieser seine Quart ungekränkt bekomme. So wenig als die Legatare die Quart abziehn können, so wenig können sie verhältnißmäßige Kürzung der m. c. donationes zu dem eben erwähnten Zweck verlangen, oder eigentlich noch weniger, da diese regelmäßig mit der Erbschaft nichts zu thun haben. Dieß Princip mit dieser seiner nothwendigen Folge hinweggenommen, und es kommt darauf hinaus, daß man gar nicht mehr so schenken kann, daß die Schenkung auf den Tod gestellt wird, und doch unabhängig von der Beerbung bleibt, mit einem Wort daß es gar keine m. c. donatio mehr giebt. Man bedenke nur, wenn auch in diesem Punkt gegen den Charakter Gleichstellung mit dem Legat hätte seyn sollen: wie hätte dieser Punkt in dem Detail des Pandektenrechts, auf welches sich doch Justinian selbst in seiner Constitution beruft, übergangen werden können? Denn solche Fälle müssen doch viel häufiger vorkommen, als daß eine Erbschaft, weil sie für damnosa gehalten wird, ganz liegen bleibt. In einem Testament kann auch noch heut zu Tage nach diesem Princip entschieden keine m. c. donatio gewährt werden, nicht nur damit die unitas actus nicht gestöhrt werde, sondern wegen der Widersinnigkeit der ganzen Sache. — Ohne Eindringen in das Wesen der Sache ist es ja auch unmöglich, die vielfach schon in Uebung gesetzten falschen Anwendungen in Theorie und Praxis zu vermeiden.

219) Nov. 1. c. 2. §. 2. vergl. mit L. 15. §. 1. 8. L. 27. D. ad Leg. Falcid. L. 81. §. 4. de leg. I.

zu stellen. Wäre es wahr, daß bey unsern singulären Erbverträgen keine Falcidia abgezogen werden dürfe, so hätten wir in unserm Recht noch weniger Grund dazu. Confiscation kennen wir dem Himmel sey gedankt wenig. So bleibt nur Umgehung des Notherbenrechts und Uebervortheilung der Gläubiger übrig, und daß davon auch die Schenkungen Todes halber abzuhalten sind, versteht sich so ziemlich von selbst.

§. 5. *)

Heutiges Recht und Verhältniß zum Teutschen Erbvertrage.

1. Die Schenkung Todes halber, wie sie in unsrer Praxis sich findet, ist ganz römisch, nur daß man zuweilen durch eine fehlerhafte Doctrin verleitet, von einer m. c. donatio spricht, wo gar keine ist, sondern ein Fideicommiß mit gleichgültiger Acceptation. Daß wir hier nichts Eigenthümliches haben, ist nicht zu verwundern, da das römische Institut in seinem Innern auch nichts Besondres hatte, und von den römischen Juristen naturgemäß entwickelt worden war. Das mußte sich wohl bey uns geltend machen, nachdem es sich das Mittelalter, wo weder Bestimmung noch Sonderung war, hindurchgekämpft hatte, wie schon zum Theil aus dem hervorgeht, was oben gelegentlich beym Erbvertrage vorgekommen ist.

2. Zuförderst ist bey der Schenkung Todes halber noch jetzt niemals an eine Universal-Succession zu denken, sondern auch wenn sie, wie in dem Fall der L. Seja 42. D. h. t. alle Güter zum Gegenstand hat, ist allemal eine Successio in omnes singulas res. Man hat dieß auf eine mir unbegreifliche Weise in neuester Zeit geleugnet, indem man die donatio

*) Ich bemerke, daß dieser §. 5. gemeint ist, wenn in H. 3. v. J. S. 310 (Not. 116.) Z. 13. v. u. von einem dritten §. irrig die Rede ist. Man verzeihe es, daß mir dieß entschlüpft ist, während mir damals eine andre Abtheilung vor Augen schwebte.

omnium bonorum mortis causa facta mit dem legatum partitionis verglichen, und dieses vorher von Justinian in ein Universal-Fideicommiß hat verwandeln lassen [220]). Nach der obigen Auseinandersetzung bedarf dieß keiner Widerlegung.

3. Erheblicher ist die Frage, beruht denn die Schenkung T. h. nicht auf Vertrag, ist sie nicht selbst Vertrag? So viel auch hiervon in den neuesten Schriften über die m. c. donatio im Römischen Recht, die Rede ist, so habe ich doch das in der obigen Erörterung noch ganz dahin gestellt seyn lassen; es ist noch hier, wo ihr Verhältniß zum T. Erbvertrage bestimmt werden soll, ganz der Ort davon zu reden. Die Schenkung T. h. ist keineswegs ein Vertrag, sondern sie ist eine Vermögensvermehrung aus freier Gunst. Nun kann aber zuweilen durch einen Vertrag unmittelbar die Vermögensvermehrung bewirkt werden, z. B. nach Justinianischem Recht allgemein, wenn man persönliche oder dingliche Servituten bestellen will, das kann auch donandi animo, das kann auch mortis causa geschehen (s. oben S. 322.). Hier ist der Vertrag das Mittel, wodurch geschenkt wird. Eben so wenn man eine Exceptio gegen eine Forderung schenken will (oben S. 323.). Schon nicht so nach römischem Recht, wenn man eine Forderung schenken will (obligatio donata), denn das muß förmlich durch eine Stipulation geschehn (oben S. 322 ꝛc.). Nach heutigem Recht muß aber durchaus dasselbe durch formlosen Vertrag geschehen können, denn das ist allgemeine Regel: wo nur ernstlicher Wille ist sich zu verpflichten, da kann auch eine Obligatio durch bloßen Vertrag erzeugt werden. Das muß auch donandi animo, das muß auch mortis causa geschehen können. Um dieß zu verkennen, muß man schon glau-

220) Tüb. krit. Zeitschr. a. a O. S. 240. Das Letztere hat man auf eine neueste Auctorität hin angenommen. Ich kann mich aber nicht entschließen, dieß in dem Winkel einer Note zu widerlegen, es wird sich schon einmal ein eignes kleines Capitel dazu finden lassen. Voraus versichre ich denen, die mir glauben mögen, daß daran kein wahres Wort sey.

ben, daß der Modus der Vermögensvermehrung bey der Schenkung eine eigne Form gewesen. Daß das bey den Römern anders war, lag bloß darin, daß der Vertrag bey ihnen nicht wie Stipulation wirkte. Sobald aber eine Sache geschenkt wird, kann der Vertrag nicht das Mittel seyn, die hier beabsichtigte Vermögensvermehrung, d. i. Uebertragung des Eigenthums zu bewirken, denn nur »mancipationibus et traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.« Von der Ersitzung weggesehn, ist Traditio im neuesten röm. Recht allein übrig geblieben; daher finden wir diese darin immer bey res donata. Und so ist es auch bey uns, wenn man von der gerichtlichen Verlassung der Grundstücke hinwegsieht; allgemein aber gilt: durch bloßen Vertrag wird kein Eigenthum übertragen.

Vergleichen wir dieß erst einmal mit dem Erbvertrage, so springt hier gleich der Unterschied in die Augen, daß dieser lediglich auf Beerbung, universelle oder singuläre gerichtet ist, und daß diese hier ganz allein unmittelbar auf einem bloßen Vertrage beruht, der auch gar nichts anderes, keine Obligatio, sondern eben die Beerbung hervorbringt.

4. Allein es ist nicht zu verkennen, daß doch bey jeder Schenkung, auch bey jeder Schenkung Todes halber ein Vertrag vorkommt, und auch immer eine Acceptation. Der Tübinger Recensent erinnert gegen Müller, der das aber auch schon selbst anerkannt, aber nicht genugsam hatte beachten wollen, daß schon in der Tradition einer zu schenkenden Sache ein Vertrag und eine Acceptation vorkomme. Wäre es nichts weiter, so könnte Dieser erwidern, angenommen, daß die Tradition Form ist, so kann es nichts releviren, daß bey dieser ein Vertrag vorkommt, denn dieser ist dann bloß der Form wegen da, mit den materiellen Wirkungen hat er nichts zu schaffen. Allein damit ist die Sache nicht ausgemessen.

Bey jeder Schenkung kommt ein Vertrag vor, der diesem Geschäfte eigenthümlich ist, und ohne welchen es gar

nicht seyn kann, und dieß ist nicht etwa ein Versprechen zu schenken, sondern der wahre Schenkungsvertrag: die beiden Personen werden einig, daß der eine die Freigebigkeit erzeigen, der andre sie annehmen will. Non potest liberatio nolenti acquiri. (L. 9. §. 3. D. de donat.), d. h. nicht, wenn ich dem Andern das Schenken verbiete, sondern nur wenn die Schenkung noch nicht in meinem Willen auch lag, kann sie nicht vor sich gehen. Daher wenn ich dem Andern gebe, um es ihm zu schenken, er es aber als Anleihe empfängt, so ist das weder *Donatio* noch *Mutuum* (L. 18. de reb. cred.). Denn beides sind Geschäfte, die ihren bestimmten positiven Charakter haben, über den beide Parteien einverstanden seyn müssen. Mit den Schenkungen Todes halber und unter Lebenden verhält es sich hier ganz auf gleiche Weise.

Mit dem Erbvertrage verhält es sich doch auch in diesem Betracht wieder ganz anders, denn, wie gesagt, die Beerbung beruht unmittelbar auf ihm. Die Schenkung beruht nicht so auf dem Schenkungsvertrage, sondern auf der Vermögensvermehrung, die oft noch durch etwas ganz andres als durch einen Vertrag vermittelt werden muß, und selbst dieser vermittelnde Vertrag ist, wo er zulässig, noch wieder etwas ganz andres, als der Schenkungsvertrag. Dieser ist nichts weiter als das Einverständniß, was bey jedem Akt der Vermögensvermehrung, wenn er eine Schenkung vermitteln soll, erforderlich ist, daß der Eine die Freigebigkeit gewähren, der Andre sie empfangen will. Also auch Acceptation, in einem ganz andern Sinn, als bey bloßer Tradition, wo man nur Besitz empfangen will, ist hier unentbehrlich. Im rechten Sinn muß gegeben, im rechten Sinn empfangen seyn: ohne dieß keine Schenkung [221].

221) Von den Franzosen wird das Erforderniß der Acceptation im allgemeinen nicht bestritten. S. Toullier le droit civil T. V. p. 320. Aber singulär ist, daß bey der Schenkung im Heirathsvertrag

5. Soll nun aber der angegebene Unterschied nicht auf Spitzfindigkeit hinauslaufen, soll er allgemein charakteristisch seyn, so muß er sich auch allenthalben nachweisen lassen, wo sich Schenkung Todes halber und Erbvertrag zu berühren scheinen. Wir wollen uns selbst hier die Sache nicht zu leicht, sondern eben recht schwer machen. Was ist denn diese Vermögensvermehrung hier Andres, als eine Succession, und zwar eine solche, die erst nach dem Tode die rechte Festigkeit erhält? Und was ist denn das Andres, als was wir beym Erbvertrag dießmal allgemein Beerbung genannt haben? Der universelle Erbvertrag, der Beerbungsvertrag im strengen Sinn, unterscheidet sich freilich leicht, eben weil die Schenkung Todes halber niemals eine Universal-Succession bewirken kann. Aber der singuläre Erbvertrag, der will ja auch nichts Andres, als Succession in einzelnen Sachen nach dem Tode. Wenn bey der Schenkung der Uebergang des Eigenthums aufgeschoben wird, so ist es auch erst der Augenblick des Todes, wo in rem succedirt wird. Ist es denn die Unwiderruflichkeit? aber die Widerruflichkeit kann ja auch bey der Schenkung Todes halber fehlen, und von dem frühern Tode des Schenkers sind beide abhängig. Daß man über die Freigebigkeit übereingekommen, ist auch bey beiden nöthig, wenn gleich zuweilen der Erbvertrag oneros seyn kann. Wo ist also hier die Grenze, oder ranken sie wirklich in einander?

6. Eichhorn (D. P. R. §. 344.) sagt: »Sofern eine **einzelne Sache** der Gegenstand des Vertrags ist, überträgt er auch noch jetzt ein **sofort wirksames** Recht an dieser selbst, kraft dessen der Vertragserbe das Eigenthum mit dem Tode des Erblassers erwirbt, und sie daher von

allgemein im Code civil Art. 1087, zwar nicht das Requisit gradezu ausgeschlossen, aber verordnet wird, wegen fehlender Acceptation solle die Gabe oder Zusicherung niemals angefochten werden können. In juristischer Sprache würde das heißen: wenn nachmals der Begabte die Gabe für sich in Anspruch nimmt, so wird die Acceptation als gleich zu Anfang geschehen auf jeden Fall fingirt. Vergl. Touillier l. c. p. 748. 749.

jedem Dritten vindiciren kann«. Dieß soll nach der Note, wenn ich recht verstehe, von der Form der Uebertragung des Gesammteigenthums in unser heutiges Recht herübergenommen, und nun ohne diese Form anzuwenden seyn, es sey denn, daß zur Erwerbung eines Rechts an unbeweglichen Sachen eine gerichtliche Handlung gehört, dann dürfte diese nicht fehlen (Not. e.). Dann hätten die Franzosen [222]) doch also wohl Recht, wenn sie meinten, daß der auf einzelne Sachen gerichtete Erbvertrag schon im römischen Recht volle Wirkung habe, und v. Schirach hatte nicht Unrecht, wenn er den Erbvertrag von der Schenkung Todes halber nicht zu unterscheiden wußte.

Zu einer Zeit, oder in einer Gegend, wo in Teutschland kein singulärer Erbvertrag ohne Tradition oder Aufnahme in das Gesamteigenthum an der einzelnen Sache möglich gewesen wäre, da würde auch dieser niemals von einer unwiderruflichen Schenkung Todes halber wesentlich zu unterscheiden gewesen seyn, denn die Tradition oder jene Aufnahme wären dann ja jener Akt der Vermögensvermehrung, nämlich der Uebertragung des Eigenthums gewesen, der, wie bey der römischen Schenkung Todes halber auch die Tradition, aber ebenwohl ferner die Mancipation u. s. w., den Erwerb unabhängig von der Beerbung, unabhängig von

222) *Merlin* Rep. Success. fut. p. 484 ꝛc. — Hier finden sich sehr interessante Dinge, aber die sehr klare und geschickte Auseinandersetzung wird von mehrern Grundirrthümern regiert, unter denen sich auch der im Text angeführte findet. Solche Fälle, wo der mobile oder immobile Theil des Vermögens, der in diesem enthaltene väterliche oder mütterliche Nachlaß, besonders und für sich geschenkt und zugesichert wird, werden mit hineingezogen. Falsch ist schon die Voraussetzung, daß in jene Theile des Vermögens nicht per universitatem succedirt werden könne; nach römischem Recht gewiß nicht, aber auch nicht nach germanischem, nach altfranzösischem Recht? (vgl. meine Abh. üb. universitas iuris im Archiv f. civil. Praxis V. 1. S. 62. not. 4.) Umgekehrt soll aber die den Beerbungsvertrag (instit. contr.) ausschließende Vorschrift nicht auf solche Dinge erstreckt werden, die das Röm. Recht nicht kannte: aber war denn das diesem ganz unbekannt, ein Fideicommiß auf bestimmte genera bonorum zu legen, und konnte denn das wohl bey ihnen wirksam durch Vertrag geschehn?

Reue, und nur abhängig vom frühern Tode bewirkt haben würde, wie es bey Grundstücken, die keine Veränderung des Eigenthums ohne Gericht zulassen, heut zu Tage nur durch Verlassung vollführt werden kann. Aber Tradition und jene Aufnahme ins Gesammteigenthum hat die Zeit hinweggespühlt, und so kann nun der simple Vertrag bewirken was jene. Was kann denn aber das nun Andres sagen wollen, als: wir haben hier einen Fall, wo gegen die, sonst in Teutschland und vor dem Code civil [223]) auch in Frankreich, allenthalben geltende Regel, daß man nicht durch bloße Vereinbarung an sich Eigenthum übertragen könne, doch der Vertrag dieß einmal unmittelbar bewirkt, mag dieß augenblicklich vor sich gehn, oder mag vermöge einer in den Vertrag gelegten Suspensivbedingung ein Aufschub bis zum Tode Statt finden? Hätten die Römer, so wie bey ihnen durch das bloße Symbol der Mancipation Eigenthum übergehn konnte, auch Uebergang durch bloßen Vertrag zugelassen; so hätte eine donatio rei mortis causa durch bloßen Vertrag, in ihrem Recht gar nicht ausbleiben können, nicht anders als wie sie jetzt durch bloße Tradition allgemein geschehen kann, was sie vor der Entzweiung des Eigenthums an res mancipi gewiß nicht konnte. Wir haben gesehn, schon im Justinianischen mußte Schenkung eines Usus fructus, einer Servitut, Todes halber gewährt, durch bloßen Vertrag bewirkt werden können. So dann auch Schenkung einer Sache. Das ist nun aber nicht so, auch in unserm heutigen Recht nicht so, und wir bekämen denn also hier eine Irregularität in unser Recht, die wir uns eines ver-

223) Von Verehrern des Code und von im heut. franz. Recht erfahrnen Praktikern habe ich mehrmals gehört, daß einer der größesten Fehler desselben der sey, daß er die Uebertragung des Eigenthums nicht genau bestimme, und wenigstens zuweilen den Schein annehme, als ob er das Eigenthum durch bloßen Vertrag übergehn lasse, was schon an sich im praktischen Erfolg sehr nachtheilig seyn muß, zumal für Gläubiger. Das hätte schon unnöthige Processe hervorgebracht, es würden sich aber künftig, so viel man vorhersehn könne, noch viel mehrere daraus entwickeln.

alteten Requisits wegen, das aber selbst regulär wirkte, gefallen lassen müßten, eine Irregularität, die um so mehr hervorstechen muß, da sie gegen das Erforderniß gerichtlicher Verlassung bey Grundstücken, was doch auch uns eine Regel ist, zurückweichen soll. Und ferner wir hätten dann in unserm Recht gar keinen singulären Erbvertrag, denn was man so nennen könnte, wäre nichts weiter, als eine unwiderrufliche mortis causa donatio, mit einigen einheimischen Sonderbarkeiten, die sich auch bald particulär genug ausweisen würden. Dadurch würde denn aber der Rechtsstoff, wie er wirklich vorhanden ist, nur verkürzt. Denn weshalb sollte man, wenn man sich einen Erben durch Vertrag ernennen kann, diesem nicht auch, wie es schon so oft geschehen ist, durch Vertrag Vermächtnisse auflegen, und solche dem Legatar durch Vertrag zusichern, also das errichten können, was wir gleich im Anfange dieser Abhandlung einen Vermächtniß-Vertrag genannt haben? Weshalb sollte es hier nicht die Absicht seyn können, den Legatar grade in dasselbe Verhältniß zu seinem Erben und zur Erbschaft zu setzen, wie einen testamentarischen Legatar, abgesehen davon, daß man die Ernennung nicht zurücknehmen darf? Kann man nun aber dieß ausrichten, wenn man es will, und man kann es gewiß, warum soll dieß denn auch nicht allemal die Regel seyn sobald man nichts weiter that, als daß man mit dem Andern durch Vereinbarung ausmachte, er solle die Sache nach unserm Tode aus unsrer Erbschaft haben, oder in der Form: ich sage dir zu, dir soll die Sache vermacht seyn, und der künftige Vermächtnißnehmer acceptirt dieß; nur deutlicher: mein Erbe soll dir das aus meinem Nachlaß geben, diese Zusicherung wird angenommen. Kein eigentliches Versprechen, um eine Obligatio selbst zu übernehmen, die aber erst nach unserm Tode eingefodert werden kann, ist dieß. Auch keine Tradition geschieht hier. Schon durch jene Möglichkeit, es so zu machen, wird der Rechtsstoff gegen Verkürzung gesi-

chert, indem wir aber die Wirklichkeit constatiren, verkürzen wir ihn hier nicht im mindesten. Denn will man es anders, so kann man ja nur tradiren, und den Erfolg dieser Tradition kann man so sehr von seiner Willkür noch abhängig machen, als es beliebt, und auch wo Widerruf ausgeschlossen ist, ihn durch Suspensivkraft oder Vorbehalt des Ususfructus sich unschädlich machen. Was wir wegbringen ist bloß die unrichtige, wenn nicht schädliche Inconsequenz, daß hier Eigenthum durch bloße Conventio nunmehr übergehn soll. Was dabey im Einzelnen und in außerwesentlichen Dingen Sonderbares und Eignes im einheimischen Recht sich findet, wird sich demungeachtet recht wohl erhalten lassen.

7. Dadurch ist denn nun aber wieder eine feste Grenze gewonnen zwischen Schenkung Todes halber und Erbvertrag, denn wo er jene berührt, da kann er nur ein Vermächtniß seyn auf Vertrag beruhend, und da unterscheidet sich denn jene von diesem wie von jedem andern Vermächtniß durch ihre Unabhängigkeit von der Beerbung und den rechtlichen Folgen dieser[224]. Zugleich ist es denn aber auch klar, daß es ein Irrthum sey, wenn man angenommen hat, daß der Erbvertrag über einzelne Sachen schon im römischen Recht gegründet sey: das röm. Recht kennt so wenig Vermächtniß durch Vertrag als Erbeinsetzung durch Vertrag. Was aber noch insbesondre die Falcidische Quart betrifft, so finde ich keinen Grund diese wo sie überhaupt gilt, beym singulären Erbvertrage auszuschließen, indem dieser doch nichts weiter ist als

224) Wäre freilich in unserm Recht noch so ein Zustand, wo sich nach dem Tode aller Nachlaß wie von selbst zerstückelte, ohne daß eine Universal=Succession den Anfang machte, ohne daß der singuläre Erwerb immer erst durch den ipso iure oder durch aditio bewirkten Erwerb der Universitas vermittelt gedacht werden müste so würde diese Grenze nicht viel auf sich haben. Dieses Zustandes erfreuen wir uns aber nicht mehr, und ich weiß nicht ob er jemals in Teutschland in einem bedeutenden Umfang Statt gefunden hat. S. darüber oben H. 2. v. J. S. 212. 213. vgl. Archiv f. d. c. Prax. V. 1. S. 62. not. 4.

ein Vertrags-Vermächtniß. Wo ein bestimmter Rechtsgebrauch dieß schon für alle Fälle festgesetzt und die Falcidia ausgeschlossen hat, da muß dieser wohl aufrecht erhalten werden, wenn er auch schädlich seyn sollte. Im übrigen aber ist hier wenigstens eben so viel Grund vorhanden, sie zuzulassen, als bey der unwiderruflichen m. c. donatio, ja noch mehr, denn auch diesem Erbvertrage kann durch besondre Vereinbarung ein erheblicher Theil seiner Unwiderruflichkeit benommen, (H. 2. v J. S. 205. n. 4.) und so das Gesetz umgangen werden.

Das letzte Capitel: vom wechselseitigen Testament, folgt im nächsten Stück.

Ueber einige byzantinische Rechtscompendien des 9ten und 10ten Jahrh.

(Großentheils nach handschriftlichen Quellen.)

Vom

Herrn Prof. K. Witte in Breslau.

(Fortsetzung.)

§. 3.

Die Argumente, die aus dem Inhalt der Schriften entlehnt werden, von denen wir handeln, zerfallen schicklich in solche die sich auf die Vorreden der Verfasser, in welchen dieselben absichtlich über ihre Arbeiten Nachricht geben, und in solche die sich auf den Inhalt des übrigen Theiles der Schriften stützen; da die ersten großentheils einfacher, die letzten aber künstlicherer Art seyn müssen. Weil nun aber, wie schon bemerkt ist, jene Vorreden in den Manuscripten nicht übereinstimmend an die Schriften vertheilt sind, so mögen zuvörderst die für uns wesentlichen Stücke der Prologe ausgezogen, und dabei untersucht werden, welchen Werken sie in der That zugehören; zuletzt aber die aus denselben zu ziehenden Folgerungen zusammengefaßt werden.

Aus der Vorrede der Ekloga, wie sie bei Leunclav gedruckt ist, und mit den Worten Ὁ δεσπότης καὶ ποιητὴς anfängt, gehört folgende Stelle hieher:

. . . . . . νἐν πολλαῖς βίβλοις τὰ ὑπὸ τῶν προβεβασιλευκότων νενομοθετημένα γεγράφθαι γινώσκοντες, καὶ τοῖς μὲν δυσδιάγνωστον τὸν ἐν αὐτοῖς περιεχόμενον νοῦν, τοῖς δὲ καὶ

παντελῶς ἀδιάγνωστον, καὶ μάλιστα τοῖς ἔξω τῆς θεοφυλάκτου ταύτης καὶ βασιλίδος ἡμῶν πόλεως, εἰδότες τυγχάνοντα, μετακαλεσάμενοι Νικήταν τὸν ἐνδοξοτάτον πατρίκιον καὶ κουαίστωρα ἡμῶν, τούς τε ἐνδοξοτάτους ἡμῶν πατρικίους, Νικήταν καὶ Μαρῖνον, τοὺς ἐνδοξοτάτους ὑπάτους καὶ ἀντιγραφεῖς, καὶ λοιποὺς τὸν τοῦ Θεοῦ φόβον ἔχοντας, πάσας τὰς αὐτῶν βίβλους συναθροισθῆναι παρ' ἡμῖν ἐκελεύσαμεν, καὶ πάντα μετ' ἐπιμελοῦς ἐπισχέσεως ἀνακρίναντες, διάτε τῶν ἐν ταῖς αὐταῖς βίβλοις εὐθέτως ἐμφερομένων, διά τε τῶν παρ' ἡμῶν νεαρῶς θεσπισθέντων, ἐπὶ συχναζόντων πραγμάτων καὶ συναλλαγμάτων τὰς κρίσεις, καὶ τὰς καταλλήλους τῶν ἐγκλημάτων ποινὰς ἐν τῇδε τῇ βίβλῳ φανερωτέρως τὲ καὶ λεπτοτέρως ἀναληφθῆναι ἁρμόδιον ἡγησάμεθα, πρὸς εὐσύνοπταν τῆς τῶν τοιούτων εὐσεβῶν νόμων δυνάμεως εἴδησιν, καὶ τὴν ἐν εὐκρινείᾳ τῶν πραγμάτων εὐλύτωσιν, καὶ τὴν δικαίαν τῶν πλημμελούντων ἐπεξέλευσιν, καὶ τὴν τῶν ἐπιῤῥεπῶς πρὸς τὸ πλημμελεῖν διακειμένων ἀναστολὴν καὶ διόρθωσιν.«

In dieser Stelle, die uns den übrigen theologisch-moralischen Wust der langen Vorrede zu wiederholen überhebt, ist allerdings keine Hindeutung enthalten, die allein auf die Ekloga, und auf kein anderes Rechtsbuch bezogen werden könnte. Theils aber weisen, wie sich sogleich zeigen wird, die stärksten Gründe dem Prochiron und der Epanagoge zwei andre Vorreden zu, so daß die gegenwärtige übrig bleibt, ohne irgendwo anders, als an die Ekloga schicklich angepaßt werden zu können; theils sind die Autoritäten für diese Zusammenordnung zahlreich, und so gut als einstimmig. Außer der von Leunclav citirten [48]) Handschr. nämlich, in welcher die Vorrede allein gestanden zu haben scheint, und außer der Wiener, in welcher das nämliche der Fall ist, verbinden die Florenti-

48) »Ex libro bibliothecae septemviralis Palatinae.« Jus gr. rom. II. 79. Suares. ed. Pohl. p. 13. versteht darunter den Cod. Vat. Pal. 55/223.

ner[49]), die Palatinisch-Vaticanische[50]) die Münchner[51]) und die beiden angeführten[52]) Oxforder HSS. diese Vorrede mit der Ekloga, die sonst in vielen Manuscripten ohne Prolog aufzutreten pflegt. Eben so geht in der Slavonischen Uebersetzung dieselbe Vorrede unserm Texte voran.

§. 4.

Aus der mit den Worten: *Τὸν μέγαν καὶ φύσει ἀληθῆ Θεὸν* beginnenden, und von Reiz[53]) und Püttmann[54]) gedruckten Vorrede des Prochiron hebe ich Folgendes, unter Berichtigung mehrerer Fehler des Reizischen Abdruckes, aus:

. . . »*Καὶ γὰρ πόλλων ἐπὶ τὴν γραφὴν ταύτην*« (*περὶ τοὺς νόμους*) »*κινηθέντων, ὡς ἂν μηδὲν καθ' ἡμᾶς συμβαινόντων λόγου ἐκτὸς διακριθείη, διά τε τὸ ἄπειρα τὰ συμβαίνοντα εἶναι, διά τε τὸ παρηλλαγμένον τοῦ βιοῦ, καὶ ἀπῳκισμένον τῶν ἠθῶν, καὶ τὸ ἀνόμοιον τῶν τρόπων, εἷς πλῆθος ἄπειρον σχεδὸν ἡ τῶν νόμων γραφὴ ἐλήλακεν. Ἐντεῦθεν τοιγαροῦν καὶ τοῖς πολλοῖς ὄκνον ἐνεποίει ὁ περὶ αὐτοὺς πόνος διότι τινες μὲν τῶν περὶ τὰ τοιαῦτα ἐσχολακότων τὰ πλεῖστα πρὸς τὸ σαφέστερον ἤγαγον· ἄλλοι δὲ καί τινα τῆς προσηκούσης ἠξίωσαν διορθώσεως, ἔτιγε μὴν καὶ παρήκασι καὶ σιγῇ παντελεῖ καθυπέβαλον· Καὶ ἐπειδὴ ἡ τούτων διδασκαλία τοῖς πᾶσιν ἀναγκαία ὑπάρχει, τί ἂν ἐπινοήσαιμεν, ὥς τε καὶ τῶν ἀνθρώπων τὸν ὄκνον ἀποθέσθαι, καὶ τὴν τῶν νόμων διδασκαλίαν εὔληπτον ποιῆσαι; οὐδὲν ἕτερον ἢ ἐγκύψαι εἰς τὸ πλῆθος τῆς γραφῆς τῶν νόμων, καὶ ἐξ ἑκάστου βιβλίου τὰ ἀναγκαῖα καὶ χρειώδη καὶ συχνῶς ζητούμενα ἀνατάξασθαι, καὶ ταῦτα κεφαλαιωδῶς ἐν*

49) Plut. IX. Cod. 8. No. 59. Bandini I. 403. S. oben Note 12.
50) 55/223. S. o. Note 28 und 48.
51) 309. S. o. Not. 11.
52) Note 14.
53) Vorrede zum Harmenopul p. VII—X.
54) In der bereits angeführten Memoria Godofr. Mascovii. Lps. 1771.

τῷδε τῷ προχείρῳ νόμῳ ἐγγράψασθαι, μὴ παραλιπόντες σχεδὸν, ὅσα τοῖς πολλοῖς ἐν γνώσει καθίστασθαι δίκαιον· καὶ τὸ μὲν πλάτος εἰς συμμετρίαν περιεστείλαμεν, τῶν δὲ ῥωμαϊκῶν λεξέων τὴν συνθήκην εἰς τὴν ἑλλάδα γλωσσὰν μετεποιήσαμεν[55]), τῶν τε παραπεποιημένων νομίμων ἀνακαινισμὸν ἐθέμεθα, καὶ τινα τῶν δεομένων διορθώσεως πρὸς κρείττονα λυσιτέλειαν μετηγάγομεν· ἔτι δὲ καὶ περὶ ὧν οὐκ ἐγέγραπτο νόμος, καινὴν ποιήσασθαι τὴν νομοθεσίαν ἐσπεύσαμεν, ὡς ἂν μετὰ τοῦ σαφοῦς καὶ συμμέτρου καὶ ὀρθοῦ λόγου, μὴ δὲ τὸ ἐλλεῖπον τῶν νόμων ἡμᾶς διαφύγῃ· καὶ ταῦτα ἀναλεξάμενοι ἐν ὅλοις τεσσαράκοντα τίτλοις τὴν διάκρισιν τῆς τοιαύτης νομοθεσίας πεποιήκαμεν. Εἰ δέ τι ἐλλιπὲς ἔχει τὸ παρ' ἡμῶν γραφόμενον, οὐδε γὰρ οἷόν τε ἀπείρων βιβλίων γραφὴν ἐν ταύτῃ τῇ συντομίᾳ περιληφθῆναι, χρεὼν τοίς φιλοπόνοις ἐγκύπτουσιν ἐν τῷ παρ' ἡμῶν ἀρτίως ἀνακεκαθαρμένῳ τοῦ νόμου πλάτει τήν τοῦ ζητουμένου γνῶσιν ἀρύσασθαι.

Ἐπειδὴ δὲ καὶ τῶν πρὸ ἡμῶν τινὶ τοιοῦτον γέγονε, φαίη τις ἂν ἴσως, ὅτου δὴ χάριν οὐκ ἐν ἐκείνῃ τῇ συντομίᾳ σχολὴν ἄγοντες μὴ πρὸς δευτέραν ἐκλογὴν ἐληλυθέναι ἡμᾶς ἐξῆν; εἰδέναι χρὴ, ὡς οὐκ ἐκλογῇ μᾶλλον ἢ ἀνατροπῇ ὁ καλουμένος ἐγχειρίδιος καθίστατο τῶν καλῶς νομοθετηθέντων κατὰ βούλησιν τοῦ συλλεξαμένου. ὅπερ τῇ πολιτείᾳ ἦν ἀλυσιτελὲς καὶ τὸ φυλάττειν παράλογον. Τίς γὰρ ἂν τῶν εὐφρονούντων δίκαιον κρίνοι μεμνῆσθαι νόμον τὸν ἀνατροπὴν τοιαύτην ἐργασάμενον, νομοθεσιῶν εὐσεβῶς γραφεισῶν ἀπὸ πολλῶν βασιλέων τε καὶ διδασκάλων, καὶ ἐν μείζονι μοίρᾳ τὴν εὐνομίαν τιθεμένων; καὶ γὰρ ὁ τὸν τοιοῦτον νόμον παραδεχόμενος ἐλεγχθήσεται ὕβριν κατὰ τῶν πρώην εὐσεβῶς νομοθετησάντων μᾶλλον ἢ διδασκαλίαν ἀποδεχόμενος. Διὰ τοῦτο ἀποτρόπαιος μὲν καὶ τοῖς πρὸ ἡμῶν γέγονεν ὁ πρώην ἐγχειρίδιος, οὐχ ὅλος μέντοιγε ὁλικῶς, ἀλλ' ὅσον ὤφειλεν. Ὁ δέγε παρ' ἡμῶν ἀρτίως συλλεχθείς τε καὶ συντεθεὶς, εἴς τε

55) Biener Gesch. d. Nov. p. 140. No. 53.

σύστασιν τῶν καλῶς νομοθετηθέντων καὶ εὐχέρειαν τῆς αὐτῶν γνώσεως ἐπινενόηται.

Ἐπειδὴ δὲ ἀνωτέρω ἀνακαθάρσεως τῶν παλαιῶν νόμων ἐμνημονεύσαμεν, εἰδέναι χρὴ ὅτι συναγηοχότες ἐν ἑνὶ τεύχει τὰ ἀνῃρημένα πάντα τεθείκαμεν· ὡς ἂν δήλη καὶ σαφὴς ἡ τούτων ἀργία πᾶσι γνωρίζοιτο· [56] *τὰ μέντοιγε συνεστῶτα τῶν παλαιῶν νόμων ἐν τῷ οἰκείῳ σχήματι μενόντων ἐν ἑτέροις ἑξήκοντα βίβλοις καθυπετάξαμεν, τοῖς βουλομένοις σπουδὴν καὶ περὶ τὴν γνῶσιν καὶ μάθησιν τοῦ πλάτους τῶν νόμων ἐγκαταλείψαντες* [57]).

Τῆς μέντοιγε παρούσης πραγματείας ἀρχὴ τέθειται, ὁπόθεν καὶ ἡ καθ' ἡμᾶς φύσις τὴν ἀρχὴν εἴληφεν.«

An diese ausführliche Mittheilung werden im §. 6 noch manche einzelne Bemerkungen anzuknüpfen seyn. Hier genügt es, darauf aufmerksam zu machen, daß die Vorrede dem Buche eben den Namen Prochiron beilegt, den es in den meisten HSS. führt; und daß gesagt wird, es bestehe aus vierzig Titeln, und beginne mit den Verhältnissen, von denen die menschliche Natur ihren Ursprung herleite. Vierzig Titel hat nun das Prochiron in zahlreichen Manuscripten, und in denen, welche ihm eine größere Zahl beilegen, erkennt man leicht den Ueberschuß als fremdartigen Zusatz. Die Verhältnisse, von denen der Prolog redet, sind aber offenbar die ehelichen, von denen die ersten 11 Titel des Prochiron handeln. — Zum Ueberflusse mag noch die große Menge Handschriften erwähnt werden, welche diese Vorrede mit dem Prochiron verbinden. Namentlich die Wienerische, Uffen-

56) Wiener Gesch. d. Nov. p. 128 No. 21.
67) Sehr verschieden ist dieser Absatz, nach Lambecius p. 24., in der Wiener HS. VI. 1. gefaßt: *Εἰδέναι δὲ χρὴ, ὡς τὴν προμνημονευθεῖσαν ποιούμενοι ἀνακάθαρσιν, ἐν ἑνὶ τεύχει τὰ ἀνειρημένα ἅπαντα συντεθείκαμεν, ὡς ἂν δήλη πᾶσιν ἡ τούτων ἀργία γνωρίζεται· τὰ μὲν τοι τῶν παλαιῶν νόμων ἐν τῷ οἰκείῳ σχήματι μένοντα, ἐν ἑξήκοντα βιβλίοις, καθυπετάξαμεν, τοῖς βουλομένοις τὴν τούτων γνῶσιν ἐκ τοῦ πλάτους σπουδῇ ἀναλέγεσθαι καταλιπόντες.*

bachische, zwei Wiener [58]), die Münchner, und wenigstens zwei römische Codices [59]).

§. 5.

Ungedruckt, obgleich schon öfter erwähnt, ist bis jetzt die Vorrede der Epanagoge geblieben. Biener sprach den Wunsch aus, sie edirt zu sehn [60]), und ich habe sie aus einer Handschrift der Marrianer Bibliothek in Venedig [61]) ausgeschrieben. So theile ich sie denn hier vollständig und mit lateinischer Uebersetzung mit, obgleich ein großer Theil derselben aus hohlen Phrasen besteht; zu unsrem Zwecke genügt es eigentlich, den zweiten, und den letzten Absatz zu lesen:

Προοίμιον a) *τῆς ἐπαναγωγῆς τοῦ νόμου, τοῦ σὺν Θεῷ ἐμφανεστέρου, ὑπὸ Βασιλείου καὶ Λέοντος καὶ Ἀλεξάνδρου τῶν πανταγάθων καὶ εἰρηνοποιῶν βασιλέων.*

Prooemium repetitae, et volente Deo, magis perspicuae legum editionis, a *Basilio*, *Leone* et *Alexandro*, optimis atque pacificis imperatoribus procuratae.

Τὸ ἀξίωμα καὶ τὸ μέγεθος τῆς προκειμένης πραγματείας δηλώσει μὲν ἔπειτα ὅ τε σκοπὸς καὶ

Dignitatem atque magnificentiam praesentis operis magnifestabunt quidem in posterum ejus

58) III. 14, VI. 1, und VII. 1. (S. o. Note 16 und 18.)

59) 856. (Assemann. p. 549, 50 und Suares. ed. Pohl p. 14.) und 1168 (Assem. p. 555. Doch ist das *cujus* am letzten Orte so übel angebracht, daß man es eben sowohl auf cod. 1168, als auf Ecloga beziehen kann). Suares. scheint an der eben erwähnten sehr confusen Stelle auch dem cod. 857 dieselbe Vorrede zuzuschreiben.

60) Gesch. d. Nov. p. 131. No. 30.

61) S. o. No. 27. Die große Gefälligkeit des Herrn Bibliothekar Bettio hat alle meine Arbeiten auf der S. Marcusbibliothek wesentlich gefördert. Eine vorläufige Nachricht steht in Biener coll. can. S. 28.

a) Complura in graecis, licet obscuriora, rectoque loquendi modo omnino non consentanea, intacta reliquimus, ne insolentiora in primae hujus editionis textum intrudere cogeremur. De latinis liberius sumus versati, et ubi sententiam auctoris odorari nobis videbamur, dedimus quae suspicabamur.

τὸ τέλος, τεκμήρια b) καὶ μάλιστα περιφανέστατα, καὶ ἡ ἐκ τούτων ἁπλῶς ἐν αἰτίαις καὶ ἐν δόξαις c) ἁγιωτάτη εὐγένεια. Δόγμα γαρ πρώτιστον καὶ μυστικώτατον, εἰσηγήσασθαι μυστικῶς ἐν τούτῳ πάντων ἔργοις d), ὁ τῶν ἀγαθῶν πάντων πρύτανις καὶ ταμιοῦχος εὖ βουληθεὶς, μετὰ τὴν τῶν νοητῶν καὶ αἰσθητῶν ποίησιν e) μικτόν τε κοινὸν f) σύνδεστον καὶ τύπον κοινὸν τῶν αὐτίκα μνημονευομένων g) καὶ ἀντιθέτων φύσεων παράγει τὸν ἄνθρωπον, νόμον h) αὐτῷ ἀγαθὸν δοὺς, ὡς ἀνάκρισίν i) τινα καὶ κρᾶσιν καὶ διαμονὴν τῆς τοιαύτης διαθέσεως. Τοῦτο μὲν ἵνα μή τις αὐτὰς ἑκατέρωθεν τοῦ ζώου τούτου κεχωρισμένας φύσεις k) καὶ ἐνοικήσεις σεσοφισμένας ἄλλης καὶ ἄλλης ἀρχῆς ὑποδείξῃ λέγων l). τὸ δὲ ἵνα καὶ, ὅταν μιᾶς ἀρχῆς ταῦτα γνωρίσῃ, μὴ πονηροῦ τινος, ἀλλ' ἀγαθοῦ Θεοῦ πιστεύσῃ καὶ κατανομίσῃ. Τὸ μὲν γὰρ ἐκ δύο ἑτερουσίων ἐν συνθέσεσιν m) δημιουργῆσαι τὸν ἄνθρωπον, διδάσκει αὐτὸν τοῦτον εἶναι καὶ τῶν ὁλολήτων ἐκείνων ποιητὴν, ἐξ ὧν αἱ μοῖραι αὐταὶ κατὰ συγγένειαν ἐλογίσθησαν: τὸ δὲ καὶ νόμον ἀγαθὸν δοῦναι πρὸς φυλακὴν καὶ σωτηρίαν καὶ διαμονὴν ἐπ' ἀγαθῷ τῆς τοιαύτης συνθέσεως, διδάσκει ὅτι καὶ ἀγαθὸς ὁ ποιήσας πάντα Θεὸς καὶ κύριος, ἐξορίζων n) τὴν ἐναν-

finis et exitus, longe praeclarissima argumenta, et quae inde omnino repetenda est, in causis sententiisque sanctissima nobilitas. Omnium enim bonorum dispensator et custos, post intellectu percipiendarum sensibiliumque rerum creationem, benevole, quasi primum, sanctissimum, omniumque operibus mystice tradendum symbolum, protrudit hominem, e modo memoratio sibique oppositis naturis compositum, commnne illarum vinculum, commune exemplar; bonamque ei constituit legem, qua dispositionem illam dijudicaret, temperaret atque stabiliret. *Hoc* quidem, ne quis hujus animantis utrimque divisas naturas atque domicilia de uno alteroque docere principio dicendo argueret; *illud* vero, ne, etiamsi unum illorum agnoverit principium, non a quodam improbo, sed a bono Deo hoc repetendum esse crederet et agnosceret. Hominem ex duobus diversisque elementis in compositionem creari, docet, eundem Deum et universalium illorum esse creatorem, ex quibus partes ipsae secundum affinitatem collectae sunt. Legem vero bonam in ejusdem compositionis custodiam, salutem, et in bono conservationem dari, docet bonum etiam esse omnium creatorem atque dominum Deum, qui unius dominationis, bonisque le-

b) Cod. τεκμηριοι.
c) Cod. αιτιοις κ. εν δοξοις.
d) Ita codex. Veriora ipse conjice!
e) Cod. εσθητων ποιησις.
f) Cod. κωον.
g) Cod. μενω πιστων.
h) Cod. νομω.
i) Cod. αναγρ.
k) Cod. αρχως.
l) Cod. ὑποδειξει ενων.
m) Cod. συνθεσιν; an συνθεσει?
n) Cod. εξοαζων.

τιοθέντων καὶ ἀθέων μὴ εὐνομίων δυσσέβειαν, εἰσάγων δὲ τὴν τῆς μιᾶς δεσποτείας καὶ ἐυνομίας o) μοναρχίας κυριότητά τε καὶ ἐξουσίαν. Οὐ προσωπικὴν δὲ μοναρχίαν ᾐνίξατο, ἀλλὰ τὴν τρισυπόστατον δεσποτείαν ἐμηνύσατο· τρία γὰρ δείκνυται εὐθὺς ὁ θεὸς, δημιουργῶν καὶ κτίζων νοητὰ, καὶ αἰσθητὰ, καὶ συνέχοντα καὶ συγκρατοῦντα νόμον, ὡς ὑπὸ ἑνὸς καὶ τοῦ αὐτοῦ ζώου p) ἐν μιᾷ τῇ οὐσίᾳ καὶ τρισὶ προσώποις προσκυνεῖσθαι οἰκονομῶν ὁμοῦ καὶ προοιμιαζόμενος.

Καὶ τοῦτο ἐκ τῆς φυσικῆς μοναρχίας καὶ τριαδικῆς δεσποτείας ἡ ἡμετέρα βασιλεία q) θείως καὶ ἀποῤῥήτως μυηθεῖσα ἐπὶ τὴν τοῦ ἀγαθοῦ καὶ σωσικόσμου νόμου ἀνάληψιν καὶ ἀναγόρευσιν μετὰ πολλῆς σπουδῆς καὶ ἐπιμελείας διηγέρθη καὶ διανέστη· καὶ πρῶτον μὲν τὰ ἐν πλάτει τῶν παλαιῶν νόμων κείμενα ἅπαντα ἀνακαθαρίσασα, ἐν τεσσαράκοντα βίβλοις ἀθόλωτον καὶ ἀνόθευτον τὸ πᾶν χῦμα τοῦ νόμου ὡς πόμα θεῖον ὑμῖν ἐκέρασε· νῦν δὲ τὰς, ἐπὶ ἐναντιώσει τοῦ εἰρημένου θείου δόγματος καὶ ἐπὶ καταλύσει τῶν σωστικῶν νόμων, παρὰ τῶν Ἰσαύρων φληναφείας ἐκτεθείσας πάντη r) ἀποβαλομένη καὶ ἀποῤῥίψασα ἐκ τῶν εἰρημένων τεσσαράκοντα βίβλων τῶν προκεκριμένων, ὥστε s) διδακτῶν νόμων, ἐκλεξαμένη, ἐν μ' τίτλοις, ἰσαρίθμῳ ταῖς βίβλοις, ἐν χερσὶ φέρειν σωτήριον καὶ ψυχωφελῆ νόμον καὶ σύντομον καὶ σαφῆ καὶ εἰσαγωγικὸν ἐκείνων τῶν ἐν ταῖς τεσσαράκοντα βίβλοις κειμένων ὑμῖν ἐφιλοτιμήσατο, καὶ τοῦτον τὸν

gibus praeditae monarchiae, imperium et auctoritatem introducens, oppositorum illegitimorum, Deique expertium impietatem exterminavit. Non personalem vero monarchiam innuit, sed triplicem dominationem significavit. Deus enim intellectu percipienda, sensibilia, et continentem condominantemque legem condens et creans disponendo simulque praeparando, tria directe disponit, quasi sub uno eodemque animante, in una substantia tribusque personis adorari.

His autem nostra majestas ex naturali monarchia triplicique dominatione divino quodam ineffabilique modo initiata, ad bonarum mundumque salvantium legum emendationem promulgationemque multa cum sedulitate et diligentia excitata est atque surrexit. Et primo quidem integros veterum legum textus omnes repurgans, totam juris copiam limpidam atque legitimam, in quadraginta libris, quasi divinum poculum vobis propinavit. Nunc autem quaecumque Isauricorum fatuitas in memoratae divinae fidei adversationem, salutariumque legum dissolutionem constituerat, omnino objiciens atque repudians, e supradictis quadraginta, in primo loco constitutis, libris, quasi e doctis legibus, seligens, in quadraginta titulis, libros numero aequantibus, manualem, salutarem, animaeque utilem legem, succinctam, sapientem, et in ea, quae in quadraginta libris habentur, introductoriam, vobis est largita, eandemque ex arbitrio pleni potentiaque nostra omnibus sub

o) Cod. ενίαιας.
p) Cod. ζωον.
q) Cod. add. πως.
r) Cod. παντι.
s) Cod. add. ὁ.

νόμον αὐτοκρατορικῶς τε καὶ παντοκρατορικῶς πάντων τῶν ὑπὸ τὴν ἐξουσίαν ἡμῶν πιστῶν ἀνδρῶν κρατεῖν κελεύομεν.

Καὶ γὰρ ὁ νόμος παρὰ Θεοῦ κατάρχειν τῶν ἐν τῷ σταδίῳ τῆς προαιρέσεως ἀποδυομένων ἀνθρώπων, καὶ μόνον οὐχὶ βασιλεύειν τῆς δεξιᾶς φάλαγγος ἐχειροτονήθη, ὡς μεμαθήκαμεν· διὸ βασίλειος t) καὶ βασιλέων ἐστὶν ἀνέκαθεν, καὶ βασιλέων, οὐ τῶν τυχόντων, ἀλλὰ τῶν ἐν ὀρθοδοξίᾳ καὶ δικαιοσύνῃ πάνυ μνημονευομένων καὶ ᾀδομένων, καὶ, ὡς ἐκ τῶν φθασάντων κατείδομεν, μόνος τῶν λοιπῶν ἀγαθῶν καθ᾽ αὐτὸ ὁ νόμος ἡμῖν ἐκ Θεοῦ δέδοται, καὶ αὐτὴν τὴν φύσιν ἡμῶν ῥώννυσι, καὶ τὸ σεβάσμιον κέκτηται· ὅθεν εἰδότες ὅτι πολλῶν μὲν ἄλλων χρησίμων καὶ ὠφελίμων ἐν ανθρώποις ὄντων ὁ νόμος καθ᾽ αὐτὸ μαρτυρεῖται, κατὰ τὴν προειρημένην ἱερολογίαν ἐκ Θεοῦ διδόμενος καὶ ἀναγορευόμενος, πρὸς πάντα τὰ λοιπὰ χαίρειν εἰπόντες, ἐπὶ τὴν τούτου ἰσχὺν καὶ αὐτοκρατορίαν συνεδράμομεν u). Πάλιν δὲ εἰδότες ὅτι καὶ πολλῶν τεχνῶν καὶ ἐπιτηδευμάτων περὶ τὴν οὐσίαν τῶν ἀνθρώπων ὑπαρχόντων καὶ συμβαλλομένων μόνος ὁ νόμος κατ᾽ αὐτὴν ἡμῶν τὴν οὐσίαν ὀνίνησιν v) καὶ χρησιμεύει, ἁπασῶν τῶν τεχνῶν καὶ ἐπιστημῶν w) προυργιαιτέραν τὴν εἰς αὐτὸν ἐμμελῆ μάθησιν ποιησόμηθα· ἐπεὶ καὶ πάντων τῶν μαθημάτων κρείττων καὶ ἀνωτέρα ἡ τοῦ νόμου ἐπιστήμη, ὡς ἐκείνων μὲν πρὸς τὸ τέλος τῆς εὐζωΐας ἀφορώντων, τὸν νόμον δὲ καὶ τὴν δικαιοσύνην, αὐτὸ τὸ τέλος τῆς εὐδαι-

regimine nostro constitutis hominibus imperitare jubemus.

Lex enim, sicut didicimus, omnes in stadio voluntatis militantes homines, dextramque phalangem tantum non regere, divinibus justa est. Quapropter regalis est naturae, et a regibus descendit; neque a quibuslibet regibus, sed ab iis qui in vera fide et justitia omnino memorantur et celebrantur. Et, sicuti supra posita nos docuerunt, ex omnibus bonis *legem* solummodo directe a Deo accepimus, quae naturam nostram corroboret, sanctioraque adquisivit. Unde videntes, prae caeteris multis, quae in homine laudabilia et utilia sunt, legem, quam secundum superiorem sacrorum expositionem, ipse Deus constituit et promulgavit, auctori suo testimonium dicere, reliqua omnia valere jubentes, legis robur auctoritatemque restituere properavimus. Et quum rursus videremus inter tot artes et opificia, quae circa hominum substantiam versantur, eamque augent, unam legem ipsam nostram essentiam juvare et promovere, prae omnibus quantumvis illustribus artibus, utilissimum intentum ejus reddidimus studium. Melior enim atque superior omnibus disciplinis legis scientia; illis enim ad finem vitae beatae tendentibus, qui legem justitiamque ipsius felicitatis, sublimiorisque beatitudinis finem dixerit, non hallucinatur.

t) Cod. βασιλευς, quod fortasse defendendum.
u) Cod. συνδραμομεν.
v) Cod. ονηνησιν.
w) Cod. επισημων.

μονίας εἰπών τις, καὶ τῆς ἀνω μακαριότητος οὐχ ἁμαρτήσοι.

Καὶ ὡς x) οὐκ ἔστιν ἡμῖν ζῆν ἄνευ τοῦ ἀναπνεῖν, οὕτως οὐκ ἔστιν σώζεσθαι καὶ εὖ εἶναι ἄνευ τοῦ συμμαχοῦντος καὶ στρατηγοῦντος νόμου. Καὶ τὸν Θεὸν πολλοῖς τε καὶ ἐκλελεγμένοις καὶ ἀγαθοῖς ὀνόμασι γεραίρειν ἐπειγόμενοι, ἡνίκα δίκαιον εἴπομεν, πιστεύομεν τῷ καλλίστῳ τῶν ὀνομάτων τοῦ οἰκείου τέλους αὐτὸν κατευφραίνειν μέλλοντες y). Δίκαιον δὲ ὄντα τὸν Θεὸν ἀεὶ ὑστέρως ἡμεῖς ὀνομάσαι ὑπειλήφαμεν, ὅτι πάντα τὰ ἔργα ἐν δικαιοσύνῃ, ἤγουν ἰσότητι νόμον τῇ ἑκάστῃ πρεπούσῃ ἑωράκαμεν. Πάντα γὰρ ἀρχῆθεν πραγματικῶς ὑπὸ τοῦ νόμου περαίνεται καὶ μορφοῦται, καὶ τῆς προσηκούσης εὐταξίας εὐμοιρήσαντα, ὥσπερ ὑπὸ διαβήτου τινὸς, ἢ κανονίου σφραγιζόμενα καὶ προτοπούμενα εἰς ἑνὸς κόσμου σύστασιν ἁρμονικῶς συνάγεται καὶ συναθροίζεται· οὐδὲν γὰρ κωλύει, μᾶλλον ἡμᾶς φάναι, ὡς προκεντήματι, τῷ τῆς ἰσότητος νόμῳ βλέποντα τὸν Θεὸν τὸν κόσμον συστήσασθαι, ἢ ἰδέας ἀπείρους τῶν καθ' ἕκαστα ἀναπλάττεσθαι. Οὕτω γὰρ καὶ τὴν ψυχὴν ὁρῶμεν ἐν διαγράμμασιν νομικοῖς τὸ ἀγαθὸν κατὰ λόγον διοπλεύουσαν z), τὸ φαῦλον καὶ ἄλογον ἀποσειομένην· ὅ τε γὰρ θυμὸς καὶ ἡ ἐπιθυμία, καίπερ ἐν τοῖς τῆς ἰσότητος δυσὶν εἴδεσιν καταβληθέντα, ὑπὸ τοῦ νόμου κοσμεῖται, ὡς ὑπό τινος ἀληθοῦς ἰσότητος ἢ ταὐτότητος, καὶ ἐκ τῆς ἐνισώσεως ταύτης θᾶττον ἐν ἡμῖν ὥσπερ αἰθριάζουσαι καὶ πανηγυρίζουσαι αἱ λεγόμεναι τέσσαρες συνεκτιμότεραι ἀρεταὶ κατ' ἐνέργειαν ἀνασκιρτῶσι καὶ ἀναλάμπουσι. Τέ-

Et sicuti vivere non possumus, nisi respiremus, ita nec salvari vel bene valere, nisi adjuvante et ducente lege; Deumque multis exquisitisque nominibus celebrare impulsi, quum *justum* dicimus, pulcherrimo, a proprio fine desumtorum nominum, eum ornare putamus. Ideo autem Deum justum esse semper in futurum dicere suscepimus, quia omnia ejus opera in justitia sive legis aequitate suum cuique tribuenti existere cognovimus. Omnia enim primitus a lege sedulo producta atque formata sunt; et conveniente compositione jam decorata, eadem lex, quasi circino quodam et amussi signata atque impressa, in unius mundi constitutionem cogit colligitque. Nihil enim impedit nos dicere, Deum potius aequitatis legem, quasi formam, respicientem, mundum composuisse, quam infinitas singularum rerum ideas effinxisse. Ita enim animam in legum jussionibus rationi conveniens bonumque prosequi, vitiosum vero rationisque expers excutere videmus. Ira enim et concupiscentia, licet in utraque aequitatis forma prostratae, a lege tamen, quasi a vera quadam identitate et aequabilitate, reguntur; unde quatuor praedictae principales virtutes, in illa aequatione quodammodo exhilaratae celebrataeque, graviter exsultant atque resplendent. Dei enim *finis*, legisque effectus est viva in nobis justitia. *Scopus* bonae de qua loquimur legis, Deique ipsius, recte agere homines, et ita praesentia bona sibi conservare, absentia autem recupe-

x) ὡς deest in cod.
y) Cod. μελποντες.
z) Cod. διοπευουσαν.

λος γὰρ Θεοῦ, ἀποτέλεσμα δὲ νόμου ἐν ἡμῖν ἡ ὄντως δικαιοσύνη· αὐτῷ δὲ τούτῳ τῷ ἀγαθῷ νόμῳ, ὥσπερ καὶ Θεῷ σκοπὸς ἡ δικαιοπραγία, καὶ διὰ ταύτης ἢ παρόντα ἀγαθὰ φυλάξαι, ἢ ἀπόντα ἀνακαλέσασθαι· τέλος δὲ, τὸ τὴν δικαιοπραγίαν διὰ πάντων ἐνεργεῖσθαι, καὶ τὴν ἀγαθότητα.

Δόξασθαι οὖν, τοῦτον τὸν νόμον ὀρθοφρόνως καὶ θεοπρεπῶς ὡς παρὰ Θεοῦ γεγονότα, ὡς ἄνωθεν ὑπαγορευθέντα, ὡς δακτύλῳ Θεοῦ, οὐ πλαξὶν λιθίναις, ἀλλ' ἐν ταῖς ἡμετέραις ψυχαῖς πυρίναις γλώτταις ἐντυπούμενον. Προτάττομεν δὲ ἐν τοῖς τίτλοις, τὰ περὶ τῆς συστάσεως καὶ εἰςφορᾶς αὐτοῦ τοῦ νόμου καὶ τῆς δικαιοσύνης ἐγκείμενα, ὡς δι' αὐτοῦ τὸν νομοθέτην καὶ δικαιοδότην χριστὸν, τὸν ἀληθινὸν Θεὸν, ἡμῶν προβασιλεύειν, καὶ προκαθέζεσθαι πάντων τῶν χριστιανῶν καὶ ἡμῶν εὐχόμενοι καὶ πιστεύοντες· ἐπὶ τούτοις δὲ τὰ περὶ βασιλέων, καὶ πατριαρχῶν, καὶ τῶν ἑξῆς ἀρχοντικῶν προσώπων, τὴν λέξιν aa) καὶ τὸν κόσμον τῆς ἐκ Θεοῦ πολιτείας, ὥσπερ δι' αὐτῶν τῶν ἐπισήμων καὶ περιφανῶν προσώπων ταῖς ἀναλόγοις ἀξίαις τῶν προομολογηθεισῶν αὐτοῖς ἀρετῶν ἀναστηλοῦντες, καὶ ὅλην τὴν πολιτείαν ἀναζωγραφοῦντες. Καὶ ἐπειδὴ πᾶσα ψυχὴ πρὸς τὸ πολιτεύεσθαι κατανεύσασα bb) ταύτην τὴν ἡμετέραν καὶ χριστιανικὴν πολιτείαν, εὐθὺς μυεῖσθαί τε τῆς εὐσεβείας ἐπιποθεῖ, σὺν τῇ λάξει τῇ πολιτικῇ, καὶ τὰ τῆς σωτηρίας καὶ τελειώσεως καὶ πρὸς Θεὸν ἀναβάσεως ὀφείλοντα, ἤτοι τὰ περὶ τῶν ἐκκλησίᾳ ἱερατικῶν καὶ ἀρχιερατικῶν τελε-

tare. *Finis* vero, recte agendi rationem virtutemque ab omnibus exerceri.

Intento igitur animo, Deoque digno modo huic legi quasi a Deo confectae, superne proclamatae, et Dei digito, non marmoreis tabulis, sed cordibus nostris, igneis linguis inscriptae fides praestanda. Primum autem inter titulos locum illa jubemus obtinere, quae de juris, justitiaeque ipsius constitutione et inductione habentur, credentes quidem desiderantesque, Christum verum Deum, quasi legislatorem et judicem, in munere nos antecedere, omnibusque Christianis, sicut et nobis praesidere. Postea vero de principibus, et patriarchis et de reliquis ex ordine magistratibus tractavimus, penicillo quodammodo delectum et ordinem civitatis, quae ex Deo est, universamque illam civitatem imitati; ut per illustres hasce clarissimasque personas consentaneae dignitati virtutum illis assignatarum, veluti monumentum poneremus. Et quum omnis anima, quae civium juribus in hac nostra republica frui desiderat, statim et in pietatem inaugurari desideret, cum civili ordinatione, et ea quae salus, perfectio et ad Deum elevatio requirit, omnem scilicet de sacerdotum et archisacerdotum consecrationibus electionibusque rem, symbolice post corporis constitutionem, reipublicae puta, posuimus; animae origines etiam

aa) An λῆξιν?
bb) Cod. κατανευσ.

τῶν καὶ ἀποκληρώσεων εἰκονικῶς τεθείκαμεν, μετὰ τὴν σωματοποίησιν οἱονεὶ τῆς πολιτείας, ὥσπερ καὶ τὴν ψυχογονίαν συντάξαντες, ἢ καθάπερ ὕλῃ, τῇ πολιτείᾳ, τὸ εἶδος, ἤγουν τὴν ἐκκλησίαν συντεθεικότες· καὶ ἐπειδὰν εἴτε cc) δὴ ἡ τελεία φύσις ἐξ ἀμφοτέρων ἀπετελεσθῇ, εἴτε dd) δὴ ὁ τέλειος εἰπεῖν ἄνθρωπος, τὸν διὰ κινήσεως καὶ ὀργάνων τινῶν τελούμενον καὶ ἐνεργούμενον βίου, τουτέστιν μνηστείαν, γάμιον, καὶ τὰ ἐπισυμβαίνοντα, τῷ βίῳ, δωρεὰς, καὶ προῦκας καὶ παντοῖα συναλλάγματα, κατόπιν τῆς περὶ μαρτύρων καὶ συμβολαίων διδασκαλίας ἐξεθέμεθα. Ὀργάνων γὰρ λόγον ἔχειν τοὺς μάρτυρας, καὶ τὰ συμβόλαια ἐν ταῖς ἐπερωτήσεσι καὶ τοῖς συμφώνοις καὶ τοῖς συναλλάγμασιν ἐγνώκαμεν. Τελευταῖον δὲ τὰ ἐν τέλει τοῦ βιοῦ συμβαίνοντα, οἷον τὰ περὶ διαθηκῶν δηλαδὴ καὶ ὅσα τούτοις ἕπεται. Ἔξωθεν δὲ πάντων τούτων εἰρημένων, ὡς ἀλλότρια τῆς εἰρηνικῆς ζωῆς καὶ ἐλευθερίας, καὶ διὰ τὴν ἁμαρτίαν παρακολουθήσαντα, τὰς καινοτομίας καὶ τὰ καλούμενα ποινάλια, καίπερ λυπούμενοι καὶ δυςχεραίνοντες κατελέξαμεν, καὶ ἁπλῶς ἔχει τὰ εἰρημένα, ὡς ὑποτέτακται.

quodammodo ordinantes, materiae, hoc est civitati, quasi formam tribuentes ecclesiam composuimus. Et quum tam perfecta natura, quam perfecte dicendus homo ex utrisque componatur, animi motibus et quibusdam sensibus, perfectam operatamque vitam, id est sponsalia, nuptias, et quae vitae accidunt, donationes, dotes, multifariosque contractus post doctrinam de testibus et instrumentis exposuimus. Testes enim et instrumenta in stipulationibus, contractibus et pactis sensuum obtinere locum cognovimus. Ultima autem habentur, quae in fine vitae accidunt, tractatus scilicet de testamentis, et quae illa sequuntur. Praeter omnia vero, quae diximus, et a vita pacifica libertateque aliena, peccati pedissequa, novi operis nuntiationem, et quae poenalia dicuntur, licet lugentes atque inviti, disposuimus. Et ita habentur praedicta, sicut inferius ordinata sunt.

Daß dieses Proömium wirklich der Epanagoge zugehört, kann keinen Augenblick zweifelhaft seyn: denn nicht allein findet es sich in der eben ausgeschriebenen Marrianer, und in einer Palatinischen HS. 62) mit ihr verbunden; sondern die genaue Angabe der Titelfolge stimmt mit der in der

cc) Cod. ητε.
dd) Cod. απετελέσθη ητε.

62) 55/223., aus welchem Codex Suarez Einiges von dem Inhalt der Vorrede mitgetheilt, p. 2.

Epanagoge, wie sie weiter unten noch mitgetheilt werden soll, auf das vollkommenste überein.

§. 6.

Indem wir den Inhalt der drei Vorreden nun einer gemeinschaftlichen Betrachtung unterwerfen, fällt uns zuerst die Weise auf, in welcher das Proömium der Ekloga von den vorhandenen Rechtsquellen spricht: Was die verschiednen Vorfahren im Reiche festgesetzt, sey in gar vielen Büchern verstreut und schwer verständlich. Außerhalb Konstantinopel seyen aber die Rechtsbücher gar nicht einmal aufzutreiben, und das Recht daselbst so gut als unbekannt. Deshalb lassen denn die Kaiser von den mit der Abfassung des neuen Compendiums beauftragten Personen, alle juristischen Werke zusammenbringen, die sich in ihren Bibliotheken vorfinden. Ebenso mußte Tribonians reiche Büchersammlung zu Justinians Compilation Materialien liefern. — Würden diese Worte wol einen vernünftigen Sinn geben, wenn wir sie Leo dem Weisen, und zwar, wie allgemein zu geschehen pflegt, seinen letzten Regieruugsjahren beilegen wollten? Konnten die Rechtsbücher zu einer Zeit für übermäßig selten und schwerverständlich gelten, wo in den letzten vierzig Jahren zwei Auflagen der Basiliken und zwei Rechtscompendien unter kaiserlicher Autorität erschienen waren? Und durfte Leo wol, ohne mit sich selber in Widerspruch zu gerathen, über die Dunkelheit des Rechtes klagen, während er doch am Ende der Vorrede zu den Basiliken das Rechtsstudium nun so leicht und bequem darstellt? Wie viel natürlicher wird Alles, wenn wir an die ersten Regierungsjahre des Basilius denken; eine Zeit, wo die Jahrhundertelang anhaltenden Stürme der Ikonoklasten noch Spuren genug hinterlassen haben konnten, daß Rechtsbücher und Rechtskundige selten waren [63]).

63) Diese Bemerkung findet sich schon bei Zepernick praeterm. p. 374.

Eine andere Betrachtung ist die, daß die beiden andren Vorreden gleichmäßig von den neuen Bearbeitungen des *πλάτος* der Gesetze, von den Basiliken reden, und auf sie zu weiterem Studium verweisen, während allein die der Ekloga derselben mit keinem Worte erwähnt [64]). Sollte denn der eitle Leo mit einem Male so bescheiden geworden seyn, sein neuestes und größestes Werk mit Stillschweigen zu übergehen? Nehmen wir dagegen an, daß Basilius spricht, so erklärt sich dieses Schweigen einfach dadurch, daß die Basiliken um jene Zeit noch nicht publicirt, ja vielleicht noch nicht einmal begonnen waren [65]). Hierzu kommt aber ein noch erheblicheres Argument: Daß Basilius die Basiliken in vierzig Büchern wirklich herausgegeben, geht nun aus der Vorrede der Epanagoge unstreitbar hervor [66]). Daß ferner die Ausgabe des Leo, deren sechzig enthalten habe, lehrt die obenerwähnte Vorrede dieses Kaisers sowohl, als das Proömium des Romanus Lekapenus zu seiner neuen Ekloga in fünfzig Titeln [67]). Wollten wir nun die Vorrede des Prochirou dem Basil beilegen, so müßten wir annehmen, daß Basil im Jahre 876 die Basiliken in sechzig Büchern fertig gehabt, daß er sie dann, noch vor der Herausgabe der Epanagoge in vierzig Bücher umgearbeitet, und daß endlich Leo abermals sechzig Bücher daraus gemacht habe. Wäre hier von einem mäßigen Octav-

64) Es muß wol ohne Zweifel bloßes Versehen seyn, wenn Suarez p. 3. sagt, die Rechtsbeflissenen würden in der Vorrede ὁ δεσπότης auf die *ἀνακάθαρσις τοῦ πλάτους* verwiesen.

65) Der entgegengesetzten Meinung ist Biener Gesch. d. Nov. p. 209.

66) Dasselbe beweißt auch die bekannte Stelle in der Nov. Leon. 71, wenn man sie nur, mit Zepernick praeterm. p. 289 richtig von den Basiliken, und nicht von der Ekloga versteht

67) Nach dem Wiener Codex III. 12. bei Lambecius p. 18. Eine zweite HS. dieses Werkes scheint in dem Codex Bodleyanus 264. 18 (Catalog p. 37) enthalten zu seyn. Vgl. Biener coll. can. p. 28. Auch auf die Stelle bei Psellus darf man sich berufen, um zu beweisen, daß Leo's Basiliken 60 Bücher hatten; denn es ist auf jeden Fall durchaus verkehrt, wenn Zepernick sie von einem Compendium deuten will (p. 388.).

Bande die Rede, so möchte ein solches dreimaliges, oder, wenn man die vorgebliche Ausgabe des Constantinus hinzuzählt, viermaliges Umschreiben glaublich erscheinen; wenn wir aber bedenken, daß es sich hier um ein Werk handelt, das ziemlich den doppelten Umfang von Fabrots sieben Foliobänden haben mochte, so dürfen wir eine so sinnlose Unbeständigkeit geradezu läugnen. Auch erklärt sich Alles auf das Einfachste, wenn wir die Vorrede des Prochiron als von Leo herrührend betrachten. Dann haben wir eine erste beschränktere Ausgabe der Basiliken, die vielleicht ganz ohne Scholien seyn mochte, unter Basil, zwischen der Ekloga und der Epanagoge, in vierzig Büchern, und später unter Leo eine zweite, bereicherte in sechzig [68].

68) Bekanntlich beruht die Meinung, daß Constantin Porphyrogenetus eine neue Umarbeitung der Basiliken habe anfertigen lassen einzig auf der gelegentlichen Erwähnung des Balsamon (in der Vorrede zu seinem Commentar über Photius), er citire *κατὰ τὴν τελευταίαν ἀνακάθαρσιν τῶν νόμων, τὴν γενομένην παρὰ τοῦ ἀοιδίμου βασιλέως κυρίου Κωνσταντίνου τοῦ Πορφυρογενήτου.* (Etwas Aehnliches soll bei Liutprand stehen, doch habe ich die Stelle nicht gefunden). Alle andere byzantinischen Schriftsteller wissen von keiner neueren Arbeit als der des Leo, und namentlich Blastares, Attaliota und Harmenopul bezeugen mit denselben Worten (diese Uebereinstimmung erstreckt sich in Betreff der beiden ersten auf mehrere Zeilen). Leo sey *τελευταῖος πάντων*, die das Recht umgearbeitet. Diese Zeugnisse müssen dann wenigstens eben so viel gelten, als das des Balsamon. Wenn der letztere sonst im Verlaufe seines Commentares die *ἀνακάθαρσις* dem alten Rechte entgegenstellt (z. B. Tit. I. c. 28.), so ist das auch wol von der Constantinischen Ausgabe im Gegensatz der Leonischen gedeutet worden. *Ἀνακάθαρσις* heißen die Basiliken aber nur dem Justinianischen Rechte gegenüber, wie schon Biener (in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissensch. S. 54) bemerkt, und wie namentlich Constantin. Porphyrog. sogar von der Bearbeitung des Basilius (Ed. Venet. VII. 125.) sagt: *τῶν κυρίων (νόμων) ἀνακαθάρας τὸ πλῆθος.* Wollte man dennoch, was mir gar nicht zuläßig scheint, eine neue Bearbeitung von Constantin annehmen, so brauchte man doch nicht, wie zu geschehen pflegt, das Werk bis nach 945 herabzusetzen. Der rohe Romanus mochte dem stillen Manne, auch während seiner glänzenden Gefangenschaft, die Freude gönnen, mit seinen Amanuensen, dieses, wie so unzählige andere Bücher, abzuschreiben, und abzukürzen, und vielleicht sogar ihm gestatten, dem wissenschaftlichen Werke seinen Namen vorzusetzen, während er bei Hofaufzügen hinter seinen ungeschlachten Schwägern gehen mußte.

Ferner scheint es beachtenswerth, daß in der Vorrede der Ekloga ganz ausdrücklich unter dem zu verarbeitenden Material dem alten Rechte gegenüber die neuern Verordnungen des Kaisers angeführt werden, von dem die Ekloga selber herrührt. Solche Novellen haben wir nun freilich von Leo in großer Menge, es wird sich aber weiter unten zeigen, daß sie weder in der Ekloga noch im Prochiron benutzt sind. Wenn es aber auch erklärlich scheint, daß der Kaiser seine eignen früher gegebenen Gesetze in ein später abgefaßtes Rechtsbuch nicht mit aufnahm, so wäre ein solches Verfahren, nach der ausdrücklichen Erklärung das Gegentheil thun zu wollen, doch mehr als widersinnig. Auch hier sind indeß alle Schwierigkeiten gehoben, sobald wir nur bei der Vorrede der Ekloga an Basilius denken. Auch von diesem Kaiser kennen wir Novellen, und daß sie im Text der Ekloga berücksichtigt sind, soll weiter unten nachgewiesen werden.

Einige Aeußerungen in dem Proömium der Ekloga dürften darauf hindeuten, daß der redende Kaiser den Thron erst seit kürzerer Zeit bestiegen: *ἐπεὶ οὖν* (*ὁ Θεὸς*) *τὸ κράτος τῆς βασιλείας ἡμῖν ἐγχειρίσας* u. s. w. und *οὐδὲν αὐτῷ πρότερον ἢ μεῖζον τῆς ἐν κρίματι καὶ δικαιοσύνῃ ..... κυβερνήσεως ... εἶναι γινώσκομεν* u. s. w. Auch diese Ausdrücke scheinen passender wenn wir sie auf das 10te Regierungsjahr (des Basilius) als auf das vier und zwanzigste (des Leo) beziehen.

Endlich hat die Sprache dieser Vorrede in ihrem tiefsinnigseynwollenden theologischen Bombast eine auffallende Aehnlichkeit mit dem Proömium der, gleichfalls von Basilius herrührenden, Epanagoge, das wir oben mitgetheilt haben, und mit der Einleitung der Constitution desselben Kaisers (und zwar aus seinen ersten Regierungsjahren) über Zeugen bei Instrumenten, die Leunclavius [69]) mitgetheilt hat. Die Vorrede des Prochiron weiß mit erträglicher Deutlichkeit

69) Ius Graeco Rom. II. p. 135 sq.

auszudrücken, was sie sagen will. Allen jenen drei Aufsätzen ist die, in der Epanagoge am breitesten verfolgte, Ansicht gemeinsam, daß das bürgerliche Recht ebenfalls als ein Ausfluß göttlicher Legislation zu betrachten sey, und die Anfangsworte des Proömiums der Ekloga finden sich sogar in der zweiten Zeile der Constitution über Zeugen genau wiederholt.

Am nächsten liegt es, zu fragen, ob denn nicht die in der Vorrede der Ekloga erwähnten Personen anderweitig historisch bekannt seyen, und so zur Zeitbestimmung führen können. Leider aber habe ich von dem Marinus noch keine Spur zu entdecken gewußt; der Name Niketas aber ist in jener Zeit so häufig, daß er geringen Aufschluß verspricht, wie er denn namentlich selbst unter den drei hier Genannten doppelt vorkommt. Eine Quästorenliste jener Zeit kenne ich nicht. Patricier des Namens Niketas habe ich aber bei den Byzantinern namentlich zweie, den einen unter Basil, den andern (vermuthlich) unter Leo, gefunden, und dieses doppelte Vorkommen benimmt der Notiz allen Werth. Den ersten mit Beinamen Oryphas, erwähnt Cedrenus [70]) als Drungarius des Seewesens, und nennt ihn einen ἄνδρα ἐμπηρείᾳ καὶ συνέσει τῶν πολλῶν διαφέροντα; der andre kommt bei Leo grammaticus als Consocer des Romanus Lecapenus vor.

In der Vorrede des Prochiron ist noch eine Stelle sehr auffallend, deren Deutung, so viel mir bekannt ist, noch von Niemand versucht worden ist, und deren Dunkelheit ich keinesweges zu heben vermag [71]); ich meine die Stelle, die ein früheres Rechtscompendium mit harten, fast verächtlichen Ausdrücken verwirft. So viel scheint indeß gewiß, daß sie in Basils Munde sich mit unsren übrigen Nachrichten durchaus nicht vereinigen lassen würde. Auf

70) Ed. Paris. VII. 577.

71) Biener nennt mir brieflich einen der ausgezeichnetsten Beförderer dieser Studien außerhalb Deutschland, den die Räthselhaftigkeit dieser Stelle lebhaft beschäftigt habe.

Justinians Institutionen kann sie unmöglich gehn; diese müßten nothwendig auf minder vage Weise bezeichnet seyn. Auch paßt auf diese keiner der Vorwürfe; und die Autorität, welche Theophilus um jene Zeit genoß, bekunden vielmehr die Basiliken. Von einer andren Uebersicht des Rechtssystemes, die zwischen Justinian und Basil verfaßt worden wäre, haben wir aber nicht die mindeste Spur. Nehmen wir dagegen an, daß Leo der Sprechende ist, und sich auf die Basilische Ekloga bezieht, so erscheinen diese Zweifel gehoben, ja der ausdrücklich miterwähnte Name Ekloga gewährt noch einen Stützpunct. Auch können die Vorwürfe in dieser Voraussetzung nicht ganz ungegründet genannt werden, da die Ekloga häufiger als irgend ein andres jener Compendien in Form und Inhalt von den früheren Rechtsquellen unabhängig ist [72]. Ja selbst das fast verächtlich klingende τίς τῶν πρὸ ἡμῶν ließe sich vielleicht durch die Scheu erklären, den Vater bei einem so lebhaften Tadel namentlich zu erwähnen. Bei alle dem fühle ich sehr wohl, daß der unfreundliche Ton gegen die ererbietige Weise seltsam absticht, mit der Leo früher in den Novellen den Basil anzuführen gewohnt gewesen war [73], und daß die Erwähnung einer Zwischenzeit zwischen jenem Compendium, und der Zeit des Schreibenden mit einem zweiten οἱ πρὸ ἡμῶν noch ganz besonderes Bedenken erregt.

§. 7.

Nachdem wir aus dem Inhalte der Vorreden so viel als möglich für die Geschichte der Werke selbst zu entnehmen uns bemüht haben, gehen wir nun zu der genaueren Betrachtung der letzteren über. Da sie indeß in verschiedenen HSS. verschiedentlich gestaltet erscheinen, und eben so häufig mit Interpolationen vermehrt, als willkührlich abgekürzt sind,

72) S. u. §. 10.
73) Vgl. indeß Zepernick praeterm. p. 313.

ist es nöthig, die einzelnen durchzugehen, und dabei von den mir bekannt gewordenen Manuscripten Nachricht zu geben.

Die Ekloga erscheint, wie schon früher angedeutet worden ist, in zwei wesentlich verschiedenen Formen. Die eine vollständigere hat sie im Abdruck des Leunclavius, die andre, um die zehn ersten Titel verkürzte, in den meisten HSS. [74]. Ich bin der Meinung, daß der, wie sich unten zeigen wird, den späteren Zeiten mitunter anstößige, Inhalt dieser ersten Titel, ein solches Verschneiden veranlaßt hat, und daß sich namentlich auf diese Verstümmelung die Worte in der Vorrede zum Prochiron beziehen: — — ἀποτρόπαιος γέγονεν ὁ πρώην ἐγχειρίδιος, οὐχ ὅλος μέντοιγε ὁλικῶς, ἀλλ᾽ ὅσον ὤφειλεν.

Die vollständigeren Handschriften sind ausnehmend selten. Unter den von Assemann, Lambecius und Hardt genauer beschriebenen finde ich nur eine die vielleicht hierher gehören kann, nämlich die Wiener HS. III. 13. Die ersten Titel stimmen von II. 2., wo daß Manuscript beginnt, an, nach Lambecius mit Leunclav. Mit dem 13ten Titel bricht die HS. ab, und dessen Rubrik und Anfang giebt Lambecius folgendermaßen: περὶ πρὸ γάμου καὶ διὰ γάμου δωρεᾶς. Τὰ ἐπὶ βλάβην τοῦ κοινοῦ ἀεὶ κωλύοντες. Die Uebereinstimmung mit dem Leunclavischen Abdruck, ließe sich indeß, wie unten erhellen wird auch erklären, wenn die HS. die Epanagoge enthielte. Ein dreizehnter Titel wie der angegebne findet sich aber weder in der letzteren noch bei Leunclav. Die Epanagoge hat allerdings als 19ten Titel eine ähnliche Ru-

74) Die abgekürzten HSS. erhalten dadurch den Anfang περὶ συστάσεως μνηστείας, weshalb sie denn von Vielen (namentlich zuletzt von Heimbach) für MSte des Prochiron gehalten sind, dessen erster Titel περὶ συναινέσεως μνηστείας überschrieben ist. Die Verschiedenheit beider Werke erhellt aber nicht nur aus der in beiden abweichenden Ordnung der nächsten Titel, sondern schon aus den Anfangsworten jenes ersten, der zu der Verwechselung Anlaß geben kann. Sie heißen nämlich in der Ekloga συνίσταται μνηστεία χριστιανῶν, im Prochiron aber μνηστεία ἐστὶ μνήμη.

brik, darunter findet sich kein Capitel mit dem angegebnen Anfange. Assemann will dasselbe in einer Vaticanischen HS. (856) des Prochiron wiedergefunden haben [75]), doch vermuthlich nicht als ursprünglichen Inhalt des letzteren, sondern als nachgetragenes Excerpt; denn er führt als Ueberschrift an: ἐκ τοῦ περὶ πρὸ γάμου καὶ διὰ γάμου δωρεᾶς. — Ueber die Oxforder Handschriften sind die Nachrichten zu dürftig, um eine Entscheidung zuzulassen. Alle übrigen, und darunter auch die, welche Leunclav im Anhang der Synopsis benutzte und die slavonische Uebersetzung [76]), lassen die ersten zehn Titel aus [77]); so daß, wer die obige Erklärung dieser Verschiedenheit nicht anerkennen will, allerdings leicht geneigt seyn kann, diese Titel für einen fremdartigen Zusatz zu halten.

Merkwürdig ist es, wie in den späteren Jahrhunderten diese Ekloga und das Prochiron als einander ergänzend betrachtet worden sind. Viele Handschriften verbinden beide mit einander; fast alle übrigen legen das eine der beiden Werke zum Grunde, und ergänzen es aus dem andren. Zu den ersten gehören die Wiener Handschriften II. (3 und 7.) III. (4, 13, und 14.) [78]) VIII. (welche nach des Herrn Bibliothekar Kopitar äußerst gefälligen Mittheilungen von fol. 1—8 die Titel 11—20 der Ekloga, von fol. 9—23 verso

75) p. 556.
76) Nach Bieners brieflicher Mittheilung.
77) Biener coll. can. p. 28. No. 1.
78) Nach Lambecius p. 15 hätte die HS. III. 4. die Ekloga in 28 Titeln. H. Bibliothekar Kopitar hat mich indeß auf meine Anfrage darüber, mit seiner gewohnten Güte, belehrt, daß diese Angabe vollkommen irrig ist, und daß das MSt. nur 18 Titel hat. Die Beschreibung ist, wie leider so oft bei Lambecius, höchst ungenügend. Titel 2—5 fehlen, und von 14 zu 17 ist ein neuer Sprung. Merkwürdig ist übrigens, daß, nach Kopitars Notizen, die HS. eigentlich aus zwei verschiednen Elementen zusammengesetzt ist; denn in jedem Titel (von VI an) folgen auf den Text Excerpte gleichartigen Inhaltes mit der Ueberschrift: ἐκ τοῦ β. ἐκλογαδίου und Angabe des Titels. In ein paar Titeln verdrängen diese Excerpte sogar vollständig den Text.

vermuthlich Titel 3 und 4 des Prochiron mit außerordentlich vielen Zusätzen [tit. 4. enthält allein 67 Capitel] von fol. 24 an aber tit. 30 bis 40 des letzteren Werkes enthält) [79]. Ferner die Münchner HS. No. 309 [80]), eine Oxforder [81]) und endlich die, der Slavonischen Uebersetzung zum Grunde gelegte, kanonische Sammlung. Vermuthlich gehört hierher auch die Pariser HS. 1347, obwohl sich aus der völlig ungenügenden Beschreibung des Cataloges nichts Bestimmtes entnehmen läßt [81a]).

Unter den übrigen Handschriften ist z. B. in dem Titelverzeichniß des von Leunclav nicht mit abgedruckten Anhanges seines einen Manuscriptes in tit. 30—38 der Tit. 1—13, und in tit. 54—64 der Tit. 21—40 des Prochiron ziemlich wieder zu erkennen. Andre HSS. wieder mischen weniger Fremdartiges ein, verändern aber die Zahl der Leunclavischen Titel dadurch, daß sie entweder mehr Unterabtheilungen machen, oder auch wol zwei Titel in einen einzigen zusammenziehen. So zerfällt z. B. die von Assemann [82]) beschriebene Vaticanische HS. No. 640 den 28sten Titel des Leunclav in Viere.

Bei so vielen Abweichungen im Einzelnen halte ich doch dafür, daß das Werk ursprünglich nicht mehr als 28 Titel, und zwar in derselben Folge, wie sie bei Leunclav gedruckt sind; umfaßte [83]). Zwar ist diese einem Jedem bei letzterem

79) Diese genauere Inhaltsangabe zeigt, wie verkehrt die Behauptung des Lambecius (p. 33) ist, daß Leunclav aus dieser HS. die Ekloga edirt habe.

80) S. o. Note 11. und 17.

81) No. 264. 18. Catalog p. 36.

81 a) Haubold in der Diss. über das Fragm. graec. de oblig. erwähnt aus Montfaucon bibl. bibl. Ambrosianische HSS. eines Promtuarium (sic) Basilii, und einer Ecloga Leonis.

82) S. 557 sq.

83) Die allgemeine Verwirrung, die in dieser Untersuchung eingerissen ist, hat unter andern veranlaßt, daß so ziemlich alle Schriftsteller über diesen Gegenstand, es nicht für möglich halten, daß das Buch ursprünglich nicht mehr als acht und zwanzig Titel gehabt ha-

zugänglich; doch ist es zur bequemeren Vergleichung der beiden übrigen Werke wol zweckmäßig, die Rubriken auch hier kurz mitzutheilen: 1. περὶ νόμου καὶ δικαιοσύνης. 2. π. βασιλέως. 3. π. πατριάρχου. 4. π. τάξεως ἐπάρχου πόλεως. 5. π. τοῦ κοιαίστωρος. 6. π. ἁπλῶς ἀρχόντων. 7. π. τοῦ χωρὶς δώσεων γίνεσθαι τοὺς ἄρχοντας. 8. π. ἐπισκόπων καὶ χειροτονιῶν. 9. π. τῶν ἁρμοζόντων ἐπισκόποις 10. π. ταξέως καὶ κριτηρίων. — (Mit dem 11ten Titel fangen die gewöhnlichen HS. an) 11. π. συστάσεως μνηστείας. 12. π. γάμων. 13. π. τῆς λύσεως τοῦ γάμου. 14. π. προικὸς. 15. π. δωρεῶν. 16. π. τῶν κεκωλυμένων διατίθεσθαι — καὶ διαθηκῶν. 17. π. ἰδιοκτήτων πραγμάτων. 18. π. τῶν ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομιῶν καὶ λεγάτων. 19. π. κουρατόρων. 20. π. ἐλευθεριῶν. 21. π. πράσεως. 22. π. δανείου καὶ ἐνεχύρων καὶ κοινωνίας. 23. π. παρακαταθήκης. 24. π. ἐμφυτεύσεως. 25. π. μισθώσεων. 26. π. μαρτύρων. 27. π. διαλύσεως. 28. ποινάλιος τῶν ἐγκληματικῶν.

Nach den vielfachen gelegentlichen Erwähnungen einzelner HSS., die im gegenwärtigen und im 1sten §. enthalten sind, bedarf es nur noch folgender kurzer Nachlese über die Handschriften der Ekloga. Hierher gehört nämlich zunächst ein Manuscript der Bibliothek des Antonius Augustinus [84]). Außerdem ohne Zweifel mehrere Codices der Vaticana, und Vaticano-Palatina, die sich aber aus den ungenügenden und verworrenen Beschreibungen bei Sylburg, Suarez und Assemann [85]) schwerlich mit Sicherheit dürften herausfinden lassen. Suarez sagt (§. 3. in f.) die Vaticanische HS. 857, und die

ben solle, und daß sie daher als ausgemacht annehmen, Leunclav habe nur einen Theil edirt.

84) Biener (coll. can. p. 28 No. 1) führt ein solches aus Augustin. Opp. T. VII. p. 53. No. 174. an; doch kann ich dies Citat bei Augustin nicht auffinden.

85) Assemann hat die unleidliche Weise, nicht die HSS., die vor ihm liegen unbefangen zu beschreiben, sondern fremde Notizen über die Werke, die er in ihnen enthalten glaubt zu wiederholen, und dann nachläßig zu bemerken, in wiefern sein MS. damit übereinstimme.

Palatinische 196 hätten die Vorrede Tὸν μέγαν, und fingen mit dem Titel π. νόμων an, welches letztere entweder auf die Ekloga, oder auf die Epanagoge deuten würde. Assemann dagegen [86]) zählt den Codex Vatic. 857 zu den HSS. des Prochiron. Der Palatinischen Nummer 196 des Suaresius entspricht aber wahrscheinlich No. 19 des Sylburg und Assemann und diese ist allerdings eine HS. der Epanagoge, bey welcher Assemann [87]) indeß mit keiner Sylbe die Vorrede Τὸν μέγαν erwähnt. Wahrscheinlicher ist es nur, daß die bei Sylburg mit 371 bezeichnete palatische HS. neben einigen Titeln der Epanagoge die Ekloga mit Interpolationen und zwar übereinstimmend mit dem Codex Vatican. 640. enthält.

§. 8.

Die Handschriften des Prochiron differiren in der Zahl der Titel weniger als in der Ekloga, und zwar vermuthlich wegen der ausdrücklichen Erwähnung der Zahl vierzig in der Vorrede [88]). Desto häufiger sind aber hier die Interpolationen im Innern der einzelnen Titel, die sich oft schon in Zusätzen zu den Rubriken selbst zu erkennen geben. Von dieser Art sind insbesondre die schon erwähnte Uffenbachische Handschrift und die ihr äußerst ähnliche Vaticanische 856 Ich halte den Meermann-Bienerischen Coder für unverfälscht und theile seine Rubriken mit, obgleich sie schon in der Vorrede von Reizens Harmenopul abgedruckt sind: 1. π. συναινέσεως μνηστείας. 2. π. ἀῤῥαβώνων μνηστείας. 3. π. δωρεῶν μνηστ. 4. π. ὅρου καὶ διαθέσεως γάμου. 5. π. ἀκριβείας γάμου. 6. π. προγαμιαίας δωρεᾶς. 7. π. κεκωλυμένων γάμων. 8. π. δικαίου προικός. 9. π. ἐκδικήσεως προικὸς καὶ τῶν βάρων αὐτῆς. 10. π. δωρεῶν μεταξὺ

86) p. 555.
87) p. 573—76.
88) Dennoch ist vielfach, und zum Theil mit unpassender Berufung auf Psellus (Note 67), behauptet worden, das Prochiron habe ursprünglich 60 Titel gehabt. Zepernick p. 390.

ἀνδρὸς καὶ γυναικός. 11. π. λύσεως γάμου καὶ τῶν αἰτίων αὐτοῦ. 12. π. τῶν ἐν ζωῇ δωρεῶν. 13. π. ἀνατροπῆς δωρεῶν. 14. π. πράσεως καὶ ἀγορασίας. 15. π. ἐμφυτεύσεως. 16. π. δανείου καὶ ἐνεχύρου (andre HSS. π. χρέους u. s. w.) 17. π. μισθώσεως. 18. π. (παρα) καταθήκης. 19. π. συστάσεως κοινωνίας. 20. π. λύσεως κοινωνίας καὶ ἀγωγῆς. 21. π. διαθήκης αὐτεξουσίων. 22. π. διαθ. ὑπεξουσίων. 23. π. διαθ. ἀπελευθέρων. 24. π. διαθ. ἐπισκόπων καὶ μοναχῶν. 25. π. ἀνατροπῆς διαθ. 26. π. λύσεως ὑπεξουσιότητος. 27. π. μαρτύρων (εὐπροσδέκτων καὶ κεκωλυμένων.) 28. π. χειροτονίας ἐπισκόπων καὶ πρεσβυτέρων. 29. π. κωδικέλλων. 30. π. κληρονόμων. 31. π. ἀποκαταστάσεως. 32. π. φαλκιδίου. 33. π. ἀποκλήρων. 34. π. ἐλευθερίων, 35. π. λεγάτων. 36. π. ἐπιτρόπων. 37. π. τοῦ, πότε δεῖ ἐνάγειν τοὺς δανειστὰς κατὰ τῶν κληρονόμων τῶν τελευτησάντων. 38. π. καινοτομίων. 39. π. ποινῶν. 40. π. διαμερισμοῦ σκύλων.

Mit den eben mitgetheilten Rubriken stimmen die von Hardt abgedruckten der Münchner HS., und, so viel man aus den gelegentlichen Erwähnungen bei Assemann schließen kann, die der Vaticanischen 844. fast vollständig überein.

Von den Manuscripten des Prochiron sind schon im ersten §. mehrere erwähnt worden, andre wurden im vorigen §. wegen ihrer Vereinigung mit HSS. der Ekloga aufgeführt. Noch andre enthalten neben dem Prochiron statt der Ekloga die Epanagoge. So namentlich die von Sylburg und Suarez beschriebene palatinische HS., die der erste mit 55, der letztere aber mit 223 bezeichnet, und so vermuthlich auch die andre palatinische, die Sylburg unter No. 233 aufführt, obwol sich, wenigstens aus des letzteren kurzer Beschreibung, nicht entscheiden läßt, ob die in dem Manuscripte allein vorkommenden 7 ersten Titel der Ekloga, oder der Epanagoge zugehören.

Außerdem bleibt nun noch zu erwähnen: eine von mir

selber gesehene schöne Venezianer HS., deren Bibliotheksnummer ich, in Ermangelung des Zanettischen Kataloges, nicht anzugeben weiß. Ferner, nach Assemann, die Vaticanischen HSS. 857 (wie schon oben erwähnt ist), 1185 (pag. 112.) und 1168 (p. 28.), obgleich ich solchen allgemeinen Angaben bei Assemann nur sehr wenig Gewicht glaube beilegen zu dürfen, wie er denn namentlich hier, außer der zweifelhaften No. 857 auch die No. 847 aufzählt, welche entschieden die Epanagoge enthält.

§. 9.

Die Handschriften der Epanagoge weichen wieder, und zwar vermuthlich, weil sie selten mit der, die Titelzahl bestimmenden, Vorrede versehen sind, in der letzteren Hinsicht vielfach von einander ab. Die Palatiner HS. No. 19 zählt 42 Titel, die Pariser 1357 deren 56, die Münchner 303 gar 66. Wie viele Titel man der Bienerischen Handschrift geben soll, ist schwer zu entscheiden, da oft die Rubriken nicht eingetragen, oft aber auch die eingetragenen nicht gezählt sind. Der letzte gezählte Titel: *περὶ συνηγόρων* (im Cod. Paris. 53, Monac. 52.) heißt indeß schon der ein und fünfzigste. Am besten stimmen mit den Angaben der Vorrede die Venezianer und die ihr vollkommen ähnliche Vaticaner (847.) Handschr., nach denen ich denn auch die Titelfolge mittheile. 1. *περὶ νόμου καὶ δικαιοσύνης.* 2. *π. βασιλέως.* 3. *π. πατριάρχου.* 4. *π. τάξεως ἐπάρχου πόλεως.* 5. *π. τοῦ κοιαίστωρος.* 6. *π. ἁπλῶς ἀρχόντων.* 7. *π. τοῦ, χωρὶς δόσεως γίνεσθαι τοὺς ἄρχοντας* u. s. w. 8. *π. ἐπισκόπων καὶ χειροτονιῶν* u. s. w. 9. *π. τῶν ἁρμοζόντων ἐπισκόποις καὶ πρεσβυτέροις* u. s. w. 10. *π. τῶν ἐκκλησιαστικῶν ἐμφυτεύσεων καὶ μισθώσεων.* 11. *π. τάξεως καὶ κριτηρίων.* 12. *π. μαρτύρων.* 13. *π. συμβολαίων.* 14. *π. μνηστείας.* 15. *π. ἀῤῥαβώνων καὶ δωρεῶν μνηστειᾶς.* 16. *π. γάμου καὶ ἀκριβείας αὐτοῦ.* 17. *π. γάμων κεκωλυμένων.* 18. *π.*

προικός. 19. π. πρὸ γάμου καὶ διὰ γάμου δωρεᾶς. 20. π. δωρεῶν μεταξὺ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς γινομένων. 21. π. λύσεως γάμου. 22. π. δωρεῶν καὶ ἀνατροπῆς αὐτῶν. 23. π. πράσεως καὶ ἀγορασίας. 24. π. μισθώσεως. 25. π. (παρα) καταθήκης. 26. π. κοινωνίας. 27. π. διαλύσεως. 28. π. χρέους καὶ ἐνεχύρων. 29. π. διαθήκης καὶ κωδικέλλου. 30. π. τῶν κωλυομένων διατίθεσθαι. 31. π. διαθήκης ὑπεξουσίων καὶ λύσεως ὑπεξουσιότητος. 32. π. ἀνατροπῆς διαθήκης. 33. π. τῶν ἐκ διαθήκης καὶ ἐξ ἀδιαθέτου κληρονόμων. 34. π. φαλκιδίου καὶ ἀποκλήρων. 35. π. τοῦ, τοὺς τελευτῶντας, ἤγουν τὰ λείψανα αὐτῶν, μὴ ἐνυβρίζεσθαι παρὰ τῶν δανειστῶν, καὶ πότε δεῖ ἐνάγειν u. s. w. 36. π. λεγάτου. 37. π. ἐλευθεριῶν καὶ ἀπελευθέρων. 38. π. ἐπιτρόπων καὶ κουρατώρων, καὶ ἀποκαταστάσεως. 39. π. καινοτομίων καὶ ὅρων. 40. π. ποινῶν.

Zu den bereits aufgeführten HSS. der Epanagoge weiß ich keine andre hinzuzusetzen, als eine zweite Wienerische, über die es mir jedoch an weiteren Notizen fehlt [89]).

§. 10.

Die in mehr als einer Hinsicht wichtigste Aufgabe der gegenwärtigen Abhandlung ist es, nachdem die allgemeine Anordnung der der Untersuchung unterworfenen Schriften angegeben ist, ihren materiellen Inhalt im Einzelnen nachzuweisen, und zu beurtheilen. In dieser Hinsicht nun erscheint die Ekloga unter den drei Schriften entschieden als die roheste. Zehn ausführliche, dem öffentlichen und insbesondre dem geistlichen Recht angehörige Titel füllen mehr als ein Drittheil des ganzen Werkes. In den darauf folgenden Titeln wird das Personenrecht im höchsten Grade dürftig abgehandelt. Das angewandte drängt sich auf das entschiedenste hervor, und doch werden auch von den hierher gehörigen Lehren mehr einzelne Sätze des neuesten Justinianischen Rechtes, als folgen-

89) S. o. Note 30.

reiche allgemeinere Principien vorgetragen. Das persönliche Verhältniß der Ehegatten, väterliche Gewalt und Adoption bleiben unerwähnt; über Vormundschaft finden sich nur zwei winzige Paragraphen. Fast noch dürftiger ist die Behandlung des Erbrechtes. Während von der Erwerbung der Erbschaft u. s. w., keine Sylbe, und von den Singularsuccessionen so gut wie nichts gesagt wird, ist ein Titel von 10 langen Paragraphen über die, dem neuesten Rechte angehörende, Succession in das Vermögen des in väterlicher Gewalt Stehenden. Dann folgt, verhältnißmäßig am Ausführlichsten, das Obligationenrecht mit einem verworrnen Anhang von Delicten. Das Sachenrecht geht vollkommen leer aus; denn der Titel über Emphyteuse betrifft im Grunde nur den Contract.

Aber auch was gegeben wird steht dem Justinianischen Rechte und den Basiliken in mehr als einer Rücksicht fern. Zunächst finden sich eine Menge von Sätzen, die dem Inhalte der Justinianischen Compilation entweder gradezu widersprechen, oder wenigstens nur durch eine sehr zweifelhafte Interpretation in ihr gefunden werden konnten. Manches der Art mag der byzantinischen Jurisprudenz und dem Gewohnheits-Rechte [90]) angehören; Andres gründet sich offenbar auf uns zum Theil unbekannt gebliebene Novellen späterer orientalischer Kaiser. Von solchen Eigenthümlichkeiten führe ich einige der auffallendsten aus dem Familien- und Erb-Rechte (Tit. XI —XX) an: XI. 4. Sind die Sponsalien schriftlich geschlossen, so kann jede stipulirte Conventionalstrafe wegen Nichterfüllung gefordert werden [91]). XII. 2. Viel ausgedehntere Eheverbote als bei Justinian. Namentlich dürfen sobrini einander nicht heirathen. Wir erfahren in dieser Hinsicht, aus der Epanagoge (tit. 17), daß ein Ἰσαυρικὸς νόμος bereits

90) Mehrere einzelne Zeugnisse dafür werden sogleich beigebracht werden. Vorläufig verweise ich auf die Vergleichung von Ekl. XXVIII. 9. mit Nov. Leon. 32.

9a) Daß dies Gewohnheitsrecht war, bezeugt Nov. Leon. 16.

den vierten Grad verboten habe, daß aber späterhin dies Verbot auf den sechsten Grad ausgedehnt worden sey. XII. 4. Die Succession des die Frau überlebenden Mannes hat sich dahin umgebildet, daß er, ohne Rücksicht ob er arm ist, aber nur wenn keine Kinder vorhanden sind, ein Viertheil der dos erhält. XII. 15. Die dürftige Wittwe erhält ihr Viertheil auch nur, wenn keine Kinder da sind, und ist damit auf 10 Pfund Goldes (statt 100) beschränkt. Wenn neben ihr keine Verwandte des Mannes vorhanden sind, succedirt der Fiscus in die übrigen 3/4. Nach XVIII. 8. erhält sie dagegen im letzten Falle die Hälfte. XII. 11. Der überlebende Ehegatte darf vor Volljährigkeit der Kinder nicht von ihnen ziehen. Trennt er sich von ihnen, nachdem sie volljährig geworden, so erhält er einen Kindestheil von der Erbschaft des vorverstorbenen Gatten [92]. XIII. 2. Von den Justinianischen Scheidungsgründen fallen viele aus; dagegen darf sich der Mann auf den Aussatz der Frau, und die Frau auf drei Jahre lang erprobte Impotenz des Mannes berufen. XV. 1. Die Schenkung erfodert ohne Unterschied der Quantität die Zuziehung von drei, fünf und sieben Zeugen. XVI. 1. Die Testamentsmündigkeit wird auf respective 15 und 13 Jahre gesetzt. XVI. 3. Der Taubstumm gewordene kann schriftlich testiren. XVI. 8. Die Agnation eines Posthumus läßt Freiheiten und Legate bestehen. Nach den Schlußworten des Paragraphen scheint es, als solle der Posthumus überall das Testament nicht rumpiren, sondern nur den scriptis heredibus accresciren. XVI. 13. Das Testament des Verwundeten, und des ἐν ὁδῷ περιπατῶν soll im Nothfalle auch vor zwei Zeugen errichtet werden können. XVII. 3. Brüder, die das väterlich nachgelassene Gut gemeinschaftlich bewirthschaften, und zwar so, daß der Eine die Oekonomie besorgt, der Andre aber Kriegsdienste thut, theilen die ersten zehn Jahre,

92) Auch diese Umbildung des Rechtes der L. 3. C. De bon. mat. geschah nach Nov. Leon. 22. durch Gewohnheitsrecht.

das auf den verschiedenen Wegen Erworbene gleichmäßig. Nach 13 Jahren nimmt der Soldat sich Roß, Sattel und Zaum, Wagen und Panzer vorweg. Noch weiterhin hat er seine Soldatencasse ganz für sich. XVII. 9. Der Haussohn ist berechtigt, über bona adventitia jeder Art zu testiren. Nur das peculium profectitium fällt an den Verleiher zurück. XVIII. 4. Vater und Mutter schließen auch vollbürtige Geschwister aus; Großeltern concurriren mit den consanguineis (?); halbbürtige Geschwister succediren erst nach den Ascendenten und den Vollbürtigen. XIX. 1. Privatpersonen können nur durch Testament zur Tutel berufen werden; statt der legitima und dativa tritt in Constantinopel das Orphanotrophium, in den Provinzen die geistliche Behörde ein. Zwischen Tutel und Curatel scheint kein Unterschied gemacht zu werden. XX. 3. Der Sklave des Verstorbenen wird frei, wenn er, mit Erlaubniß des Erben, dem Begräbniß in linnenem Kopfzeuge gefolgt ist. XX. 16. Der Mann ist nicht befugt, Dotalsclaven freizulassen. XX. 23. Die Freiheit des Libertus wird revocirt, wenn er, im Falle er bei Beerdigung des Patronus zu spät kommt, vor dessen Grab nicht auf die Erde fällt. XX. 24. Die wissentliche Freilassung eines fremden Sclaven verpflichtet zu einer Prästation von zwei dem manumittirten an Werthe gleichkommenden Sclaven an den Eigenthümer, und von drei andern an den fiscus. Die Manumission selber wird vom Kaiser rescindirt [93].

Andre Sätze, die sich im Justinianischen Rechte nachweisen lassen, finden sich in der Ekloga in einer völlig eigenthümlichen, von der ursprünglichen Quelle ganz verschiedenen Fassung. Namentlich pflegen die, in den Justinianischen

93) Diese überraschende Menge abweichender Rechtsgewohnheiten wird durch das Proömium der Leonischen Novellen und Nov. Leon. 1. gleichmäßig bezeugt; natürlich also, daß Leo nachdem er sie fast alle vertilgt, und das alte geschriebene Recht wieder hergestellt, ein Buch, in welches sie sich in solchem Maaße eingeschlichen, wie eben in Betreff der Ekloga nachgewiesen ist, einen ἐγχειρίδιος ἀνατρόπαιος nennen mußte (Vorrede zum Prochiron.).

Rechtsbüchern positiv hingestellten Sätze in der Ekloga eine Beigabe theologischer Rechtfertigungen zu erhalten. Als Beispiel mögen folgende Stellen dienen: X. 5. vgl. mit L. 1. §. 1. A quib. app. XII. 8. vgl. mit L. 8. §. 4. C. De bon. q. lib., XIII. 1. vgl. mit Nov. 117. und XII. 11.

Noch andre Stellen endlich, die sich von der Fassung der Justinianischen Quellen nicht wesentlich entfernen, zeigen doch eine gänzliche Nichtbeachtung der Basiliken. So wissen wir z. B. aus Balsamon [94]), daß das Justinianische Recht, welches mit erreichtem achten Jahre zum Lector-Amte zuließ, in den Basiliken dahin abgeändert ist, daß ein Alter von achtzehn Jahren erfordert wird. In der Ekl. VIII. 10. heißt es aber, wer lesen könne dürfe Lector werden. Wichtiger sind die §§. 4. und 5. des 24sten Titels, welche entschieden nicht aus Nov. 120, sondern aus Nov. 7. cap. 3. entlehnt sind. Nun ist aber die Nov. 7. in den Basiliken ausgelassen worden; ein Rechtsbuch also, das auf diese Rücksicht nehmen wollte, durfte sie in keinem Falle excerpiren [95]). Wenn nun aber dennoch mehrere, namentlich aus den Pandekten, in die Ekloga aufgenommene Stellen vollständig (wie Tit. I. und

94) Tit. I. cap. 28. Vgl. Homberg zu Nov. 123 cap. 13.

95) Vgl. die Bemerkungen von Biener Gesch. der Nov. p. 134 ff. — Ich halte dafür, daß die Auslassung der sieben und zwanzig Novellen in den Basiliken nicht etwa nur eine willkührliche Abkürzung der Compilatoren ist, die Gleichartiges nur einmal, späterhin Aufgehobenes aber gar nicht aufnehmen wollten. Ich finde vielmehr hierin die Befolgung einer speciellen Vorschrift Leo's, nämlich der Nov. Leon. 1., in welcher der Kaiser sich ausdrücklich gegen Vieles in den Justinian. Novellen erklärt, und hinzufügt: *ὅσοι νόμοι παρὰ τῆς βασιλείας ἡμῶν τοῦ νομίμου ἐδάφους τὴν ἀπαλλοτρίωσιν κατεψηφίσθησαν, τούτους ἀχρήστους ἡγουμένους ἐᾶν ἐῤῥίφθαι*, worauf noch eine ausdrückliche Beziehung auf die Basiliken folgt. Diese ausdrückliche Bestimmung Leo's läßt uns fast daran zweifeln, ob wirklich (wie Biener Gesch. d. Nov. S. 128 behauptet) dieser Kaiser selbst die praktische Gültigkeit der Justinianischen Rechtsbücher neben den Basiliken anerkannt habe, oder ob dies Verhältniß sich nicht vielmehr gegen den Willen desselben durch Gewohnheit ausgebildet habe. — Merkwürdig ist auch noch die nach Leo fortgesetzte Operation des Ausmerzens unpraktischer Novellen, ohngefähr wie im Occident Vgl. Psellus vers. 439.

VI.), oder mit geringen, vermuthlich absichtlichen, Abweichungen (wie Tit. IV.) der Uebersetzung der Basiliken entsprechen, so daß man daraus, die in den Basiliken fehlenden Stellen zu ergänzen wagen dürfte (L. 1. De off. praef. L. 5. L. 6. §. 3—5. L. 10. L. 11. L. 15 eod. aus Tit. VI.), so ist das nicht einer Rücksicht auf die Basiliken, als wären sie schon vorhanden gewesen, sondern allein der gemeinschaftlichen Quelle, nämlich der von Stephanus verfaßten Pandektenübersetzung [96]) zuzuschreiben. Uebrigens ist kein Theil der Justinianischen Rechtsbücher so vielfach benutzt, als die Novellen z. B. V. 1. ∽ Nov. 79; V. 2–10. = Nov. 80. c. 2–9 [97]); VII. 2—5. = Nov. 8. c. 7—8; VII. 6. = Nov. 128. cap. 23; VII. 7, 8. = Nov. 128 c. 21, 22; VIII. 3—6. ∽ Nov. 123. cap. 1—3. zusammengesetzt mit Nov. 137. cap. 2, 3 [98]); VIII. 7 sq. ∽ Nov. 123. cap. 13, 14; VIII. 13. ∽ Nov. 123. cap. 16; VIII. 15. ∽ Nov. 123. cap. 2. §. 1; IX. 1—8. ∽ Nov. 123 cap. 5, 6; IX. 4. = Nov. 123. cap. 9; IX. 5. = Nov. 123. cap. 11; IX. 7. = Nov. 123. cap. 19; IX. 8, 9. ∽ Nov. 123. cap 38; IX. 10. ∽ Nov. 123 cap. 42; IX. 11. ∽ Nov. 123. cap. 20; IX. 13. ∽ Nov. 123. cap. 15 in f; IX. 16, 17. = Nov. 123. cap. 31, 32; IX. 18. = Nov. 123. cap. 23 u. s. w. [99]).

Besonders günstige Auskunft sollte man von einem Argumente erwarten, das wir bisher noch gar nicht gebraucht haben: da Leo's Novellen in seine früheste Regierungszeit fallen, das von ihm verfaßte Rechtsbuch aber in die letzten Jahre derselben gesetzt wird, so sollte man vermuthen, daß in diesem die durch die Novellen eingeführten Veränderungen

96) Biener Gesch. d. Nov. S. 122. Note 4. vergl. S. 147 Note 65.

97) Die Randverweisungen im Ius graeco-romanum sind großentheils falsch

98) Nov. 137. ist ebenfalls nicht in die Basiliken aufgenommen (Biener Gesch. d. Nov. S. 469); ihre Benutzung also, die aus §. 3. vgl. mit cap. 2 d. Nov. unwiderleglich hervorgeht, ist also eine neue Bestätigung der vorhin ausgesprochenen Behauptung.

99) Die Resultate einer ähnlichen Untersuchung s. b. Biener p. 142.

sich finden müßten, so daß man alsdann mit Sicherheit schließen dürfte, dasjenige unter den streitigen Werken, das von Leonischem Rechte keine Spuren an sich trage, müsse aus vor Leonischer Zeit, d. h. von Basilius stammen, das andre aber, in dem Leonische Rechtssätze sich nachweisen ließen, gehöre dem Urheber dieser Novellen an. In jedem Falle wäre jedoch bei dieser Argumentation besondre Vorsicht zu empfehlen, da Leo nicht selten früher bereits gegolten habende Rechtssätze, und zwar theils durch seinen Vater, oder frühere Kaiser angeordnete [100]), theils aber auch dem kanonischen Rechte angehörige [101]), nur wiederholt; deshalb also nicht jeder Satz, den wir in einem solchen Rechtsbuche, und zugleich in einer Leonischen Novelle finden, immer nothwendig aus dieser in jenes übergegangen zu seyn braucht. Nun findet sich aber wunderbarer Weise weder in dem einen noch in dem andren der genannten Bücher ein erheblicher Einfluß der Leonischen Legislation, und so entgeht dies Argument, das so sicher zum Ziele zu führen schien, unsrer Beweisführung vollkommen. Für die Ansicht, die ich vertheidige, genügt es, diese Negative für die Ekloga zu beweisen, und zu dem Ende bemerke ich Folgendes: II. 10. Gewohnheitsrecht und doctorum opinio sollen in Ermangelung eines Gesetzes g e l t e n; Nov. Leon. 1. verbietet aber jeden Gebrauch des nichtgeschriebenen Rechtes. IX. 1. Bischöfe, und IX. 14. Mönche dürfen keine Vormundschaft übernehmen; Nov. Leon. 68. gestattet es aber Beiden. IX. 11. Die Strafe des falschen Zeugnisses der Geistlichen ist verschieden je nachdem das Zeugniß Civil- oder Criminal-Angelegenheiten betraf [102]); Nov. Leon. 76. hebt aber diesen Unterschied vollkommen auf. XII. 1. Männer dürfen erst mit erlangtem fünfzehnten, Mädchen mit dem 13ten Jahre heirathen; Leo

100) Z. 4. Nov. Leon. 41.

101) Nach seiner eignen Versicherung in Nov. Leon. 7. und an vielen andern Stellen. S. u.

102) Doch hat auch hier die Ekloga das Justinianische Recht der Nov. 123 nicht unentstellt.

führt dagegen Nov. 109 die alten Termine des 14ten und 12ten Jahres wieder ein [103]). XII. 3. und 13. Die Ehe kann durch Instrumente, Dotalia, oder sonst vor Zeugen eingegangen werden; während Leo Nov. 89 allgemeine priesterliche Einsegnung verlangt. XII. 4. Stirbt die Frau in der Ehe ohne Kinder, so erhält der Mann 1/4, die Frau 3/4 der dos; nach Nov. Leon. 20. aber soll er die ganze dos herausgeben. XII. 15. Die schon oben mitgetheilten Grundsätze über die Succession der dürftigen Wittwe, widerstreiten Leo's 106ter Nov., in der, in Betreff der Portion, das Recht der Justinianischen Nov. 117. wiederholt wird. XIII. 4. Wahnsinn ist kein genügender Scheidungsgrund; nach Nov. Leon. 111. ist es der, drei Jahre lang anhaltende, allerdings (vgl. Zepernick zu Beck p. 104 in Na.). XVI. 3. Gefangene haben nicht das Recht zu testiren; nach Nov. Leon. 40 haben sie es allerdings. XX. 10. Ueberläufer zu den Feinden verfallen bei ihrer Rückkehr in ewige Sklaverei oder werden nach XXVIII. 53. gar mit dem Tode bestraft; nach Nov. Leon. 67. trifft jene Strafe sie erst, wenn sie dreimal übergegangen und zurückgekehrt sind. XXVIII. 9. Die Ehebrecherinn soll ihr Eingebrachtes vom Manne zurückerhalten; während sie nach Nov. Leon. 32. die ganze dos verliert. XXVIII. 24. 25. Zwischen den bösen Zauberern, und denen, die vorgeblich zum Nutzen Andrer zauberische Schutzmittel bereiten, wird unterschieden. Jene werden mit dem Tode, diese nur mit Relegation bestraft; Nov. Leon. 65. aber setzt für Beide gleichmäßig die Todesstrafe fest. XXVIII. 36. Die Beraubung der Todten im Grabe wird mit Abhauung der Hand bestraft; während Nov. Leon. 96. viel gelindere Strafen anordnet. (Vgl. jedoch Balsamon zu Photius XIII. 23.

103) Die Ueberschrift der Leonischen Novelle hat durch einen Schreibfehler der Venetianer HS. die falschen Zahlen. Heinr. Stephanus bemerkte den Irrthum; nach seiner Weise übersetzt Agyläus aber dennoch nach dem falschen Texte.

und Zepernick praeterm. p. 318.). Dieses Verzeichniß, das sich verdoppeln lassen würde, wollte man es mit allen den Stellen bereichern, in denen Regeln mit Stillschweigen übergangen sind, die nach Leo's Novellen nothwendig hätten erwähnt werden müssen, scheint genügend, um darzuthun, daß die Leonische Legislation auf die Ekloga keinen Einfluß geübt hat. Indeß finden sich ein paar Stellen, die auf den ersten Blick für Argumente des Gegentheils gelten könnten: hierher gehört zunächst die Stelle VIII. 9., in der ein zwanzigjähriges Alter für genügend zum Subdiakonate erklärt wird; eine Bestimmung, die sich ganz ebenso in den beiden Leonischen Novellen 16 und 75 findet. Auf jeden Fall indeß würde dies Argument zu viel beweisen; denn da dieselben Worte sich auch in der Epanagoge wieder finden, müßten wir ihm zufolge auch die Epanagoge, die anerkannter Maßen von Basilius herrührt, dem Leo zuschreiben. Wollen wir aber in letzterer Schrift eine Interpolation annehmen, so ist kein Grund vorhanden, die Wohlthat einer gleichen Ausrede nicht auch auf die Ekloga erstrecken zu wollen. Doch löst sich das Bedenken, wie es scheint, einfacher auf die oben angegebne Weise; Leo nennt in beiden Novellen die kirchliche Legislation als Quelle seiner neuen Bestimmung, und in Nov. 75 sogar ausdrücklich die sechste (2te Konstantinopolitaner oder Trullanische) Synode, in welcher sich dann auch allerdings ein entsprechender Kanon (nämlich der fünfzehnte) findet [104]. XVIII. 6. wird im Nothfall ein Testament auch vor fünf, oder drei Zeugen zugelassen, und eine ähnliche Bestimmung findet sich auch in Nov. Leon. 41. Daß aber die Leonische Novelle diesen Satz nicht erst einführte, sondern, daß er im Wesentlichen schon von Basil ausgesprochen war, zeigt besser als man aus Leo's eigenen Worten schließen möchte, die, uns noch erhaltene Constitution Basils (im jus graeco rom. p. 157.). Endlich könnte man noch durch ein argumentum

104) Beveridge Synodicon I. p. 173.

a contrario in XX. 6. eine Rücksicht auf Nov. Leon. 9. und 10 finden wollen; denn es heißt an jener Stelle, wenn er mit Einwilligung seines Herrn Mönch oder Weltgeistlicher werde, sey die Aufnahme des Sklaven in den Klerus eine Befreiung von der Knechtschaft, während die Leonischen Novellen sanctioniren, daß diese Folge eben nur im Falle der Zustimmung des Herrn eintreten solle. Auch hier erwähnt indeß Leo ausdrücklich den, auch anderweitig nachzuweisenden, Vorgang des kanonischen Rechtes [105]), durch welchen die Aufnahme dieses Satzes in die Basilische Ekloga genügend motivirt wird.

Umgekehrt finden sich in der Ekloga einige Spuren, die speciell auf Basil hinzuweisen scheinen: XII. 3., wo die schon oben erwähnte, der Leonischen Legislatur widersprechende Eingehung der Ehe durch bloße Scriptur abgehandelt wird, heißt es, es sollten drei Zeugen zugezogen werden, *κατὰ τὰ παρ' ἡμῶν ἀρτίως εὐσεβῶς νομοθετούμενα*. Dies bezieht sich nun aber offenbar auf die mehr erwähnte Basilische Novelle, in der es heißt, instrumenta dotalia dürften zum Unterschiede der meisten andern Urkunden nicht von der einen Parthei, sondern müßten von Rechtskundigen geschrieben, und von den Zeugen unterschrieben werden. — In Nov. 20. erzählt uns Leo, es sey eine weitverbreitete und festgewurzelte Gewohnheit gewesen, daß die Erben der in der Ehe verstorbenen Frau von dem Manne nicht allein die dos, sondern auch die donatio propter nuptias abgefordert hätten. Diese Unbilligkeit gegen den Mann habe nun Basil aufgehoben, mit seinem Gesetze aber dennoch die Gewohnheit noch nicht völlig ausrotten können. Leo giebt dann, wie gesagt, wieder etwas nach, und läßt dem Manne keinen Antheil an der dos, verlangt ihm aber auch die don. pr. nuptias nicht ab. Nun finden wir in XII. 4. weder die alte Gewohnheit, noch die Leonische Bestimmung, sondern das schon erwähnte vorübergehende

105) Beveridge Syn. I. p. 54, 117.

Erbrecht auf 1/4; wann anders kann also jene Stelle geschrieben seyn, als eben unter Basil?

Minder schlagend sind einige andre Argumente, die dafür vielleicht um so eher die innere Ueberzeugung zu bestärken vermögen. Hieher rechne ich insbesondre den geistlichen Anstrich des ganzen Buches, die ausführliche Behandlung der geistlichen Angelegenheiten, und die ungemeine Autorität, die den geistlichen Behörden beigelegt wird; Alles Eigenthümlichkeiten, die dem abergläubischen Basil vollkommen entsprechen, aber einem Fürsten, der, wie Leo, sein ganzes Leben im Streit mit der Geistlichkeit verbrachte, wenig angemessen scheinen. Namentlich werden III. 8. Kaiser und Patriarch als zwei coordinirte Behörden, deren Einigkeit dem Staatswohle unentbehrlich sey aufgeführt. Konnte Leo wol so sprechen, nachdem er die Patriarchen Photius und Nikolaus ohne Vorwand und rechtliche Form abgesetzt und gemißhandelt hatte [106]? III. 6. wird dem Konstantinopolitanischen Patriarchat ein unbedingter Primat eingeräumt. Wie wenig dies für Leo paßt, der bei allen Gelegenheiten seine Streitigkeiten mit der orientalischen Kirche durch päpstliche Autorität zu seinen Gunsten entschieden wissen wollte, hat schon Assemann bemerkt [107], und zugleich sehr richtig auf eine Parallelstelle bei Photius [108] aufmerksam gemacht. Allerdings hat Photius den Nomokanon erst später (883) herausgegeben, und selbst seine Wiederernennung als Patriarch fällt später als die Ekloga; daß er aber noch bei Lebzeiten des Patriarchen Ignatius auf Kaiser Basil den lebhaftesten Einfluß wiedergewonnen, beweißt die Geschichte von dem vornehmen Geschlechtsregister [109] deutlich genug. Und so ist es denn natürlich, bei einer so rein Photianischen Behauptung, an dessen persönlichen Ein-

106) S. u. a. Le Beau Gesch. d. Morgenl. Kaiserth. Deutsche Uebers. XV. 290 und 375.
107) S. 564 und 65.
108) Tit. I. cap. 5.
109) Schlosser Weltgeschichte II. 2. S. 211.

fluß zu denken. Eben so erinnert das, in III. 10 für den Patriarchen in Anspruch genommene Recht, in den Sprengeln andrer Bisthümer Kirchen zu weihen, an den eben unter Basil so lebhaft geführten Streit über den kirchlichen Nexus der neubekehrten Bulgaren. Endlich erscheint es noch von besondrer Wichtigkeit, daß in I. 4. sieben Synoden als Quellen des kanonischen Rechtes aufgezählt werden, da doch nach Basil, mag man nun die von den Lateinern sogenannte achte, was die Griechen freilich nicht gethan, oder die Synodus Photiana (oder Sanctae Sophiae) rechnen, die Zahl um eins hätte vermehrt werden müssen. So finden wir die Concilien bei Zonaras, der sogar die sogenannte primo-secunda (861) für ein ökumenisches Recht mitzählt.

§. 11.

Wäre das Prochiron, wie allgemein angenommen wird, wirklich ungedruckt [110]), so würde ich mich bei genauerer Angabe seines Inhaltes in die Nothwendigkeit versetzt sehen, schwer zu kontrollirende Auszüge aus der Handschrift mitzutheilen. Harmenopul versichert uns indeß in seiner Vorrede, er habe das Prochiron nicht allein benutzt, sondern er bezeichnet seine eigene Arbeit selber nur als Vervollständigung jenes älteren Werkes. Dabei sagt er denn, die unverändert aus dem Prochiron aufgenommenen Stücke seyen mit dem Sterne (dem σημεῖον ἡλιακὸν) versehen; leider aber findet sich in den HSS. diese Bezeichnung nirgends mehr. Reitz hat sie nun zwar in seiner Ausgabe durch Vergleichung der Meermannischen, jetzt Bienerischen, HS. des Prochiron wieder herzustellen gesucht; theils aber ist er dabei nicht mit besonderer Sorgfalt verfahren, theils giebt er über den

110.) Der Streit, der bei meinen Vorgängern in dieser Untersuchung häufig geführt wird, ob das Prochiron gedruckt sey oder nicht, gehört nicht hierher, denn er ist dort nur ein anderer Ausdruck für die ganz verschiedene Frage, ob das im Ius gr. rom. gedruckte Werk Prochiron zu nennen sey.



ursprünglichen Zusammenhang der jetzt im Harmenopul verstreuten Paragraphen des Prochiron gar keine Auskunft. Da indeß Reitz sogar auf die bedeutenderen Varianten, und die abweichende Fassung des nämlichen Satzes aufmerksam gewesen ist, und die betreffenden Bemerkungen häufig in den Noten beibringt; so schien seine Arbeit doch bei einer neuen Vergleichung beider Schriften zum Grunde gelegt werden zu müssen. Hier hat sich denn nun ergeben, daß das Prochiron mit Ausnahme einiger wenigen Paragraphen (die selbst vielleicht nur meiner Aufmerksamkeit entgangen sind) in den Harmenopul dergestalt aufgenommen ist, daß es aus dem letzteren vollkommen hergestellt werden kann. Diese Restitution nehme ich nun in der Weise vor, daß ich der Reihe nach für jeden einzelnen Paragraph der Bienerischen HS. den Platz nachweise, den er im Harmenopul einnimmt. [111])

So oft alsdann in der angeführten und zu Anfang mit einem Stern versehenen Stelle des Reitzischen Harmenopuls mitten im Texte ein zweiter Stern steht, ist die Bemerkung stillschweigend hinzuzudenken, daß der fragliche Paragraph des Prochiron mit diesem Sterne endigt; hat dagegen die citirte Stelle zu Anfang keinen Stern, wohl aber im Verlauf des Textes zweie, so gehört nur das zwischen den letzteren Stehende dem Prochiron an. Diese allerdings höchst trockene Nachweisung kann alsdann die Stelle einer vollständigen Ausgabe des Prochiron vertreten, die trotz des mehrfachen Vorarbeiten, die zu diesem Ende bereits gemacht sind, gewiß eine völlig überflüssige Untersuchung genannt werden müßte.

Proch. *I.* 1–7 = Harm. IV. 1. §. 2–7; I. 8. = IV. 1. §. 10; I. 9–11 = IV. 1. §. 17–19; I. 12, 13 = IV. 1. §. 21, 22. I. 14 = IV. 1. §. 26; *II.* 1–6 = IV. 2. §. 1–9; II. 7 = IV. 2. §. 11; *III.* 1 = IV. 3. §. 1; III. 2, 3 = IV. 3. §. 5, 6; III. 4

111) Die Stellen des Prochiron, die sich im Harmenopul finden, ohne hiervon Reitz bezeichnet zu seyn, versehe ich mit einem Sterne.

= IV. 3. §. 12; III. 5, 6 = IV. 3. §. 7, 8; III. 7 = IV. 3. §. 11; *IV*. 1-13 = IV. 4. §. 1-14; IV. 14-16 = IV. 4. §. 17-20; IV. 17 = IV. 7. §. 9; IV. 18 = IV. 8. §. 29; IV. 19-22 = IV. 4. §. 22-25; IV. 23, 24 = IV. 7. §. 33, 34; IV. 25 = IV. 4. §. 26; *V*. 1-4 = IV. 5. 1-4; V. 5 ∽ IV. 8. §. 34; V. 6, 7 = V. 8. §. 81; *VI*. 1 = V. 8. §. 86; VI. 2, 3 = IV. 7. §. 10, 11; VI. 4 = IV. 7. §. 20-26 [112]); *VII*. 1 = IV. 6. §. 1-4; VII. 2-10 = IV. 6. §. 12-15 [113]); * VII. 11 = IV. 6. §. 18. (von den Worten *καὶ ὁ φυσικὸς* an); VII. 12-16 = VI. 6. §. 19; VII. 17-20 = IV. 6. §. 24 [114]) -27; VII. 21-23 = IV. 6. §. 29-31; VII. 24 = IV. 6. §. 35; VII. 25 = IV. 6. §. 34; VII. 26 = IV. 6. §. 37; VII. 27 = IV. 6. §. 10; *VIII*. 1, 2 = IV. 8. §. 1; VIII. 3 = IV. 8. §. 3; VIII. 4, 5 = IV. 8. §. 16, 17; VIII. 6 = IV. 8. §. 23; VIII. 7, 8 = IV. 8. §. 25, 26; VIII. 9 = IV. 8. §. 52; *IX*. 1, 2 = IV. 9. §. 1-3; IX. 3, 4 = IV. 9. §. 5, 6; IX. 5-9 = I. 9. §. 21-25; IX. 10 = II. 2. §. 5; IX. 11 = IV. 9. §. 12, 13; IX. 12, 13 = IV. 9. §. 19, 20; * IX. 14 = I. 13. §. 16; IX. 15 — I. 13. §. 15; IX. 16 = I. 13. §. 14; *X*. 1, 2 = IV. 11. §. 1, 2; X. 3-9 = IV. 11. §. 9-16 [115]) und II. 3. §. 7; X. 10, 11 = IV. 11. §. 17, 18; *XI*. 1-3 = IV. 12. §. 1-3; XI. 4-16 = IV. 12. §. 11-14; XI. 17 = IV. 12. §. 16; *XII*. 1-6 = III. 1. §. 2-7; *XIII*. 1-3 = III. 2. §. 1-3; *XIV*. 1 = III. 3. §. 1-3; XIV. 2 = III. 3. §. 6; XIV. 3-5 = III. 3. §. 8-10; XIV. 6 = III. 3. §. 18; XIV. 7 = III. 3. §. 20; XIV. 8, 9 = III. 3. §. 23-25; XIV. 10 = III. 3. §. 121; *XV*. 1 = III. 4. §. 4; XV. 2 = III. 3. §. 120; XV. 3 = III. 5. §. 87; XV. 4. = III. 4. §. 5; XV. 5 = III. 4. §. 7; * XV. 6 = III. 4. §. 9; *XVI*. 1, 2 = III. 5. §. 3-5; XVI. 3 = III. 5. §. 15; XVI. 4 = III. 5. §. 22; XVI. 5, 6 = III. 5. §. 27, 28; XVI. 7 = III. 5. §. 34; XVI. 8 = III. 5. §. 92 und III. 6. §. 1; XVI. 9 = III. 5. §. 91; XVI. 10 = I. 7.

112) §. 22. und 23 sind bei Reitz nicht bezeichnet.
113) §. 14. bei R. nicht bez.
114) Der Stern in der Mitte des §. bei Reitz ist ungehörig, wie sich das schon aus Reitzens eigener Note 52 ergiebt.
115) §. 13. b. R. n. b.

§. 14; XVI. 11 ∽ III. 5. §. 60; XVI. 12 = III. 7. §. 24; *XVII.* 1. ∽ III. 8. §. 16; XVII. 2, 3 = III. 8. §. 14, 15; XVII. 4 = III. 8. §. 17; XVII. 5 = II. 11. §. 22; XVII. 6, 7 = II. 11. §. 20, 21; XVII. 8. - 10 = III. 8. §. 18-20; XVII. 11 = III. 8. §. 9; XVII. 12-16 = III. 8. §. 21 - 25 [116]); XVII. 17 = III. 8. §. 7; XVII. 18-22 = III. 8. §. 26-30; XVII. 23, 24 = III. 8. §. 32, 33; XVII. 25, 26 = III. 8. §. 35, 36; *XVIII.* 1 = III. 9. §. 1; XVIII. 2-9. III. 9. §. 5-12; XVIII. 10 = III. 9. §. 14; XVIII. 11 = III. 9. §. 15 und 17; XVIII. 12-14 = III. 9. §. 18-20; *XIX.* 1, 2 = III. 10. §. 1, 2; XIX. 3-7 = III. 10. §. 6-9; XIX. 8 = III. 10. §. 16; XIX. 9-21 = III. 10. §. 18-28; *XX.* 1 = III. 11. §. 1; XX. 2 = III. 10. §. 29; XX. 3, 4 = I. 10. §. 17, 18; *XXI.* 1-5 = V. I. §. 1-5; XXI. 6 = V. 1. §. 8; XXI. 7 = V. 1. §. 10; XXI. 8 = V. 1. §. 20; XXI. 9-14 = V. 1. §. 23-26; XXI. 15 = V. 1. §. 39; XXI. 16 = V. 1. §. 33; XXI. 17, 18 = V. 1. §. 35, 36 [117]); *XXII.* 1-8 = V. 2. §. 1-3 [118]); *XXIII.* 1-4 = V. 3. §. 2-4; *XXIV.* 1, 2 = V. 4. §. 1, 2; XXIV. 3, 4 = V. 4. §. 6, 7; *XXV.* 1-16 = V. 5. §. 1-4; *XXVI.* 1-5 = I. 17. §. 1-7; XXVI. 6-8 = I. 17. §. 9-11; *XXVII.* 1-8 = I. 6. §. 1-7; XXVII. 9 = I. 6. §. 14; XXVII. 10 = I. 6. §. 16; XXVII. 11-13 = I. 6. §. 18-20; XXVII. 14 = I. 2. §. 45; XXVII. 15, 16 = I. 6. §. 24, 25; *XXVII. 17 = I. 2. §. 46; XXVII. 18 = I. 6. §. 26; XXVII. 19. = I. 6. §. 28; XXVII. 20-22 = I. 6. §. 31-33; XXVII. 23 = I. 6. §. 34 und 36.; XXVII. 24 = I. 6. §. 37, 38, und 40, 41.; XXVII. 25-27 = I. 6. §. 45-47; XXVII. 28 = I. 6. §. 49; XXVII. 29, 30 = I. 6. §. 51, 52; XXVII. 31 = I. 6. §. 55; *XXVIII.* 1-3 = Appendix III. §. 1-3; *XXIX.* 1-5 = V. 7. §. 3; *XXX.* 1 = V. 8. §. 1; XXX. 2-5 = V. 8. §. 5. 6; XXX. 6-10 = V. 8. §. 10-14; XXX. 11, 12 = V. 8. §. 23, 24; XXX. 13-22 = V. 8. §. 38-48; XXX. 23 = V. 8. §. 50; *XXXI.* 1 = I. 12.

116) §. 24. d. R. n. d.
117) §. 36. d. R. n. d.
118) §. 1. d. R. n. d.

§. 40; XXXI. 2 = I. 12. §. 42; XXXI. 3, 4 = I. 12. §. 12, 13; XXXI. 5. = I. 12. §. 43; XXXI. 6 = I. 12. §. 44 und 15, 16; *XXXII.* 1 - 3 = V. 9. §. 2 - 4; XXXII. 4 = V. 9. §. 17; *XXXIII.* 1 - 23 = V. 9. §. 31 - 33; XXXIII. 24 - 26 = V. 9. §. 36 - 38; *XXXIV.* 1 - 9 = I. 18. §. 1 - 10; XXXIV. 10 = I. 18. §. 14 - 17; XXXIV. 11, 12 = I. 18. §. 24 - 27; XXXIV. 13 = I. 18. §. 32, 33; XXXIV. 14 = I. 18. §. 39; *XXXV.* 1 - 4 = V. 10. §. 5 - 10; XXXV. 5 - 7 = V. 10. §. 19 - 21; *XXXVI.* 1 - 5 = V. 11. §. 9 - 13; XXXVI. 6, 7 = V. 11. §. 16, 17[119]); XXXVI. 8, 9 = V. 11. §. 19; *XXXVII.* 1 - 3 = V. 12. §. 1; *XXXVIII.* 1 = II. 4. §. 1; XXXVIII. 2, 3 = II. 4. §. 10, 11; XXXVIII. 4 - 6 = II. 4. §. 45, 46; XXXVIII. 7, 8 = II. 4. §. 58, 59; XXXVIII. 9, 10. = II. 4. §. 54, 55; XXXVIII. 11 ∽ II. 4. §. 41; XXXVIII. 12 - 15 = II. 4. §. 60 - 63; XXXVIII. 16 = II. 4. §. 100; XXXVIII. 17 - 19 = II. 4. §. 70 - 72; XXXVIII. 20 = II. 4. §. 90; XXXVIII. 21 = II. 4. §. 73; XXXVIII. 22 = II. 4. 84; XXXVIII. 23, 24 = II. 4. §. 80, 81; XXXVIII. 25 - 27 = II. 4. §. 118 - 120; XXXVIII. 28 = I. 8. §. 12; XXXVIII. 29 = II. 4. §. 121; XXXVIII. 30 = II. 4. §. 74; XXXVIII. 31 - 34 = II. 4. §. 122 - 125; XXXVIII. 35 - 37 = II. 4. §. 102 - 104; XXXVIII. 38 = II. 4. §. 126; XXXVIII. 39, 40 = II. 4. §. 128, 129; XXXVIII. 41 = II. 1. §. 15; XXXVIII. 42 = I. 3. §. 45. B.; *XXXVIII. 43 ∽ II. 1. §. 45; XXXVIII. 44 = II. 4. §. 105; XXXVIII. 45. II. 4. §. 130; XXXVIII. 46, 47 = II. 4. §. 106, 107; XXXVIII. 48 = II. 4. §. 110; XXXVIII. 49 = II. 4. §. 131; XXXVIII. 50, 51 = II. 4. §. 89. A.; XXXVIII. 52, 53 = II. 4. §. 112, 113; XXXVIII. 54 = II. 4. §. 101; XXXVIII. 55 ∽ I. 3. §. 43; XXXVIII. 56 = I. 3. §. 44; XXXVIII. 57 = II. 4. §. 132; XXXVIII. 58, 59 = II. 4. §. 114, 115; XXXVIII. 60 = I. 3. §. 45. A.; XXXVIII. 61 = VI. 1. §. 5; XXXVIII. 62 - 64 = I. 3. §. 66 - 68; *XXXIX.* 1 = VI. 8. §. 5; XXXIX. 2 = VI. 10. §. 1; XXXIX. 3 = VI. 8. §. 1; XXXIX. 4 = VI. 5. §. 4;

119) §. 16. d. R. n. d.

XXXIX. 5 = VI. 7. §. 10; XXXIX. 6 = II. 9. §. 3; XXXIX. 7 = VI. 6. §. 18; XXXIX. 8. fehlt im Harmenopul, ist aber ein Auszug aus der Basiliken Uebersetzung der L. 2. C. Qnae res export. bei Fabrot. II. p. 657; XXXIX. 9 = IV. 14. §. 2; XXXIX. 10 = VI. 6. §. 24; XXXIX. 11 = VI. 6. §. 13, 14; XXXIX. 12=VI. 10. §. 4; XXXIX. 13 = VI. 14. §. 3; XXXIX. 14 = VI. 9. §. 3; XXXIX. 15 = VI. 6. §. 25; XXXIX. 16 A. = VI. 8. §. 2; XXXIX. 16 B = IV. 12. §. 4; XXXIX. 17 = VI. 8. §. 3; XXXIX. 18 = VI. 10. §. 6; XXXIX. 19 = VI. 10. §. 8; XXXIX. 20 = VI. 8. §. 7; XXXIX. 21 = VI. 10. §. 9; XXXIX. 22=VI. 13. §. 2; XXXIX. 23 ∽ VI. 7. §. 6; XXXIX. 24 = VI. 2. §. 9; XXXIX. 25 = VI. 11. §. 7. 8; XXXIX. 26 = VI. 11. §. 6; XXXIX. 27 = VI. 11. §. 3; XXXIX. 28 = VI. 11. §. 2; XXXIX. 29, 30 VI. 11. §. 4, 5; XXXIX 31 = VI. 6. §. 16; XXXXI. 32, 33. = VI. 12. §. 1, 2; XXXIX. 34 = VI. 8. §. 6; XXXIX. 35 = VI. 6. §. 17; XXXIX. 36 = VI. 7. §. 1; *XXXIX. 37 = VI. 12. §. 3; XXXIX. 38 = VI. 2. §. 13; XXXIX. 39, 40 = VI. 2. §. 24, 25; XXXIX. 41 = VI. 2. §. 19; *XXXIX. 42 = I. 7. §. 19; XXXIX. 43 = I. 2. §. 40; XXXIX. 44. A. fehlt im Harmenopul, steht aber, wie bereits oben erwähnt ist, bei Blastares A. XII. 4; XXXIX. 44. B = VI. 7. §. 5; XXXIX. 45 = VI. 14. §. 11; XXXIX. 46, 47 = VI. 14. 14, 15; XXXIX 48 = VI. 5. §. 9; XXXIX. 49-52 = VI. 5. §. 11-15; XXXIX. 53-57 = VI. 3. §. 1-4 [120]; XXXIX. 58 = VI. 2. §. 26; XXXIX. 59, 60 = VI. 3. §. 5-6; XXXIX. 61, 62 = VI. 3. §. 9, 10; XXXIX. 63 = VI. 4. §. 1; XXXIX. 64 = VI. 4. §. 5; XXXIX. 65. fehlt im Harmenopul, entspricht aber der Ecl. XXVIII. 15. ziemlich genau; XXXIX. 66-68 = VI. 4. §. 2-4; XXXIX. 69, 70 = VI. 12. §. 5, 6; XXXIX. 71, 72 = VI. 10. §. 2, 3; XXXIX. 73 = VI. 6. §. 3; XXXIX. 74 = VI. 6. §. 7; XXXIX. 75=VI. 6. §. 23; XXXIX. 76-80 = VI. 6. §. 8-12 [121]; *XL.* 1 = II. 6. §. 5.

120) §. 2. b. R. n. b.
121) §. 10. b. R. n. b.

Außer den hier aufgezählten Stellen, bezeichnet Reitz im Harmenopul noch folgende andere mit einem Stern, die ich im Prochiron nicht aufgefunden habe: I. 13. §. 13; II. 4 §. 111; II. 5. §. 4; IV. 12. §. 15; V. 3. §. 5; V. 9. §. 34; VI. 13. §. 4.

Wenn der Leser sich die Mühe nimmt, die angeführten Stellen im Harmenopul durchzulesen, so werden ihm die characteristischen Züge des Prochiron im Gegensatze der Ekloga von selber in die Augen fallen. Die in letzterer übergangenen Lehren sind zum großen Theil aufgenommen, die kirchlichen Angelegenheiten in das, einem juristischen Lehrbuche geziemende, Maas zurückgedrängt, die Sprache ist, von ungehörigen theologischen Declamationen befreit, im Ganzen kurz und bündig. Definitionen stehen an der Spitze der einzelnen Titel, und sparsame Ausführungen folgen nach. Können wir nun wohl mit einiger Wahrscheinlichkeit annehmen, daß Basilius, gleich nach den mehr als hundertjährigen Unruhen der Bilderstürmer ein verständiges und wohl angelegtes Werk angefertigt, daß aber Leo, nachdem beinahe vierzig Jahre lang diese Studien wieder gepflegt und eifrig betrieben, nachdem die Basiliken zweimal ausgelegt worden waren, unter gewaltigen Lamentationen über die Unzulänglichkeit der vorhandenen Schriften nichts Anderes als solch ein dürftiges, fast möchte man sagen albernes Machwerk, wie die Ekloga ist, zusammengebracht haben sollte? Gewiß das ist durchaus unmöglich!

Während ferner in der Ekloga eine Unbekanntschaft mit den Quellen auf jeder Seite ersichtlich ist, während man sieht, wie der Verfasser, weil er die größeren Rechtsbücher nicht zu benutzen weiß, sich ein Stück nach dem anderen aus den Novellen zusammenbettelt, und diese mit selbst verfaßten großentheils einem stumpfsinnigen, sich selber widersprechenden Gewohnheitsrechte entlehnten, Zwischensätzen ungeschickt verbindet, ist das Prochiron aus feststehenden Quellen auf

consequente Weise geschöpft. Diese Quellen sind: Theophilus, die Basiliken, zuweilen deren Scholien, [122]) in einigen sehr seltenen Fällen (namentlich im Criminal-Recht) die Ekloga und Novellen späterer byzantinischer Kaiser [123]). Häufig werden sie wörtlich ausgeschrieben, andermalen mit Beibehaltung des Sinnes zusammengezogen. Das Einzelne darüber anzugeben scheint unnöthig, da Reitz in der Anmerkung zu den bezeichneten Stellen des Harmenopul die Belege für das Gesagte schon ziemlich vollständig beigebracht hat. Unter allen Stellen des Prochiron, die in das erste Buch des Harmenopul übergegangen sind, giebt Reitz allein für folgende keine entsprechenden der Basiliken oder des Theophilus an, und auch diese enthalten rein Justinianeisches nur in eigne Worte eingekleidetes Recht, nicht etwa, wie so viele der Ekloga, Neuerungen späterer Zeiten: I. 3 §45. B, 66, 67, I. 6. § 55. I. 12. § 15, 16, I. 13. § 15. Dem entspricht es denn vollkommen, daß selbst die Justinianeischen Quellen nur durch das Medium der Basiliken benutzt sind, und daß namentlich von die in den Basiliken übergangenen Novellen, so viel ich bemerkt habe, sich keine Citate vorfinden. Besonders lehrreich ist in dieser Hinsicht die Vergleichung von Nov. 123 und 137, und III. 1. Basilic. 8 (Fabr. I. p 117.) mit Ecl. VIII. 3 und Proch. 28, wo sich gar nicht verkennen läßt, daß die Ekloga, wie schon erwähnt, aus den beiden genannten Novellen selber schöpft, das Prochiron aber, mit einigen Abkürzungen die Recension der Basiliken abschreibt. So finden sich denn das Criminalrecht, das zum großen Theile nach der Ekloga bearbeitet ist, ausgenommen, von den vie-

122). Merkwürdig sind in dieser Hinsicht die verständig mit dem Text der Nov. 118 verwebten trefflichen Scholien des Theodorus im Vergleich mit dem tollen Intestatrecht der Ekloga. — Eine allgemeine Bemerkung über diesen Gegenstand s. bei Reitz zu Harmenopul II. 4. § 123. N. 290.

123). Vgl. die etwas abweichenden Angaben bei Biener Gesch. d. Nov. S. 142. S. 193. No. 99

len Sätzen des Gewohnheitsrechtes und Gerichtsgebrauches, die in der Ekloga Platz gefunden, im Prochiron wenig oder gar keine Spuren. Mir ist keine andere Stelle der Art aufgefallen, als die Ausdehnung der ἰδιόκτητα, mit freier Disposition auf den Todesfall, auf alles in der Ferne Erworbene in XXII. 8. (Harm. V. 2. §. 3.) und vielleicht noch außerdem die Bestimmungen über Theilung der Beute in XL. 1. (Harm. II. 6. §. 5.). Offenbar aus den Novellen der späteren Kaiser geflossen sind folgende Stellen: Zunächst der ganze Schluß des 4ten Titels von §20. an. Eine mit dem Inhalt des §. 20 wörtlich zusammen treffende Bestimmung wird von Leunclav an zwei verschiedenen Orten des Ius graeco - romanum (I. p. 87. und II. p. 134.) dem Basil zugeschrieben. Die Quelle des ganz kurzen §21. weiß ich nicht anzugeben. §22. steht bei Leunclav II. 135. unter Basils Namen. Demselben werden (im jus graeco-rom. I. 86, 87.) die §§ 23, 24 zugeschrieben, obgleich sich nicht läugnen läßt, daß die Ausdrücke mit denen Leo Nov. 90 91. ganz dieselben Sätze einführt, es gar nicht wahrscheinlich machen, daß so kurz vor ihm schon ein Gesetz des gleichen Inhaltes gegeben sey. Endlich ist auch §25. bei Leunclav (I. 87.) als eine Verordnung Basils abgedruckt. XVI. 12. wird in den Handschriften und Ausgaben des Harmenopul (III. 7. § 24.) dem Leo zugeschrieben; Leo's Novelle 83 erwähnt aber ausdrücklich eine Constitution des Basil von gleichem Inhalte mit dem angegebenen Paragraphen, und offenbar ist dies Zeugniß gewichtiger als das des Harmenopul. XXI. 18. (Harm. V. 1. § 36.) erwähnt der Gültigkeit des vor drei Zeugen errichteten Testamentes, und deutet dadurch auf Basils große Novelle über Zeugen, bei Leunclav II. p. 135. sq. XXXIII. 24 - 26. (Harm. V. 9 § 36 - 38) entspricht drei Verordnungen, die Leunclav (II. 134.) als Gesetze Basils giebt. XXXIV. 14 (Harm. I. 18. § 139.) endlich findet sich ebenfalls unter Basils Namen im Ius gr. rom. II. 134. — Ich

will indeß nicht läugnen, daß ich gegen die Glaubwürdigkeit der beiden kleinen Leunclavischen Sammlungen von Basils Novellen, auf die im Obigen Bezug genommen ist, einige Zweifel hege. Ihre wörtliche Uebereinstimmung mit dem Prochiron, in dem sie sich bis auf eine (bei Leunclav p. 135. die sechste) sämmtlich wiederfinden, erweckt mit Rücksicht auf die zahlreichen HSS. des Prochiron, die Basil's Namen an der Stirne tragen, den natürlichen Verdacht, ob sie nicht vielleicht auf dieselbe Weise dazu gekommen seyen, Basilische Constitutionen zu heißen, wie ein paar Titel der Ekloga sich (im Anhange der Synopsis p. 32. sq.) unter Leo's Namen verbreitet haben. Dem sey nun aber, wie ihm wolle; sollten auch vielleicht einige jener Constitutionen (namentlich etwa IV. 23, 24.) dem Leo angehören, so ist es doch gewiß, daß Leo's Novellen im Ganzen von den Verfassern des Prochiron unbenutzt gelassen sind. Wie sehr dies der Fall ist, lehrt schon eine flüchtige Durchsicht des Harmenopul, wo man gar häufig unmittelbar hinter den, aus dem Prochiron entnommenen, Stellen den Auszug der abändernden Leonischen Novellen findet. Nur negativ scheint auf Leo's Legislation in sofern Rücksicht genommen zu seyn, als zu Zeiten die von dem Kaiser abgeänderten Rechtssätze mit Stillschweigen übergangen sind, wie denn namentlich die große Mehrzahl der oben aus der Ekloga angeführten sich nicht im Prochiron findet. Es scheint, als habe Leo erst nach den Novellen den Entschluß gefaßt, in seine neuen Rechtsbücher, Basiliken und Prochiron, vielleicht bei beiden im Gegensatze dessen, was früher Basil gethan, mit geringen Ausnahmen nur reines Justinianeisches Recht aufzunehmen, und als sey er dadurch genöthigt geworden, seine eigenen Novellen unberücksichtigt zu lassen [124]. — Ganz anders, freilich, wür-

124). Doch bezeugt uns Leo (Nov. L. 71.), daß auch Basil einzelne seiner neuen Gesetze in die Sammlung der Rechtsbücher nicht mit aufgenommen. Die Stellen über die unvollkommene praktische Gültigkeit

de es sich verhalten, wenn wir den Inhalt einer großen Menge von HSS. z. B. der Uffenbacher.[125]) für die ursprüngliche Fassung des Prochiron halten wollten; denn in ihnen fehlt es nicht an Excerpten aus Leo's neuer Legislation [126]). Es ist aber schon oben erwähnt, daß sie ohne Zweifel für interpolirt gehalten werden müssen.

§. 12.

Von dem Inhalte der Epanagoge beabsichtige ich nur im Allgemeinen eine deutliche Vorstellung zu geben, ohne jedes Detail zu verfolgen, da die Vienerische HS. auf welche meine Bemerkungen sich zu gründen haben, offenbar von neueren Zusätzen in jedem Titel entstellt ist, und daher ein durchaus unsicheres Material bietet.

Tit. I.- IX. stimmt, wie schon erwähnt, im Wesentlichen mit der Ekloga überein, und es mag dabei vielleicht nur als eine Eigenthümlichkeit der einzelnen HS. angesehen werden, daß gewöhnlich zu Anfang des Titels (z. B. vor der Rubrik des ersten: ἀπὸ τοῦ ά. βι. τῶν δι γ'. τι.) oft aber auch mitten im Texte die Quellen angegeben werden [127]). Letzteres bezeichnet indeß häufig die, meiner Ueberzeugung nach nicht zu der Epanagoge gehörigen, Excerpte, mit welchen die Handschrift den ächten Text vermehrt. — Am Ende des zweiten Titels steht ein Zusatz, daß χακῶς ἐπινοηϑέντα auch durch Gewohnheitsrecht keine Gültigkeit gewinnen sollen, vielleicht

der Leonischen Novellen (Ataliota XCV in f. Blastares in. f. Prooemii u. s. w. Vgl. Cujaz in den Obss. XVII. 31 und Bynkershoek Obss, IV. 1.) sind allgemein bekannt; auffallend bleibt es aber, wie alsdann über die Sammlung so viel Commentare haben entstehen können, als Comnenus Papadopoli citirt (Außer den Vieren bei Zepernick praeterm. p. 365, 66 habe ich bei Comnen noch folgende bemerkt; Gregorius Patzo, Demetrius Chartophylax, Leo Laridas judex Veli, Stephanus, Calocirus monachus, und eine Ekloga der Novellen von Theodorus Hermopolita.) Vgl. Schlosser II. 2. 225.

125.) Vgl. auch Biener Geschichte d. N. p. 215. Note 139.

126.) In diesen Irrthum ist namentlich Zepernick verfallen: Praetermissa p. 381.

127.) Vgl. auch Note 78.

aus Nov. Leon 1. Von § 6 des 6ten Titels (bei Leunclav) fehlt in der Epanagoge der größere Theil, von ἕως ἂν βουλῶνται an. Von dem ἔχει in VI. 2 springt die HS. mit Auslassung des Zwischenliegenden, zu dem ἔχει des nächsten §. über. Zu VII. 2 ein Zusatz, daß ἄτιμοι und αἰσχροὶ nicht Senatoren werden dürfen; ich weiß nicht woher. Zu Ende desselben Titels: die Präsides dürfen ihre Sentenzen nicht umstoßen, und: der Deliquent kann nur durch einen θεῖος πραγματικὸς τόπος dem forum des Präses entzogen werden. Zu VIII. 5 ein Zusatz, der indeß nichts Neues sagt. VIII. 13 fehlt. IX. 5 der Ekloga hat einen Zusatz in der Mitte, und einen andern am Ende, daß Bischöfe und οἰκήτορες über die Präsides wachen, und sie nöthigenfalls denunciiren sollen, und daß dem Bischof die Cognition über die Permanenz der Geistlichen zustehe (Nov. 3). Dann folgt eine Stelle, die dem Sinne nach Nov. 6 cap. 7. ohngefähr entspricht, und nach einem Zwischensatze von sieben andern §§ mit andern Worten noch einmal wiederholt wird. Von jenen 7 Stellen sind vier aus Leo's Novellen (7, 9, 10, 68) entlehnt, also ohne allen Zweifel späterer Zusatz zu diesem Werke des Basil. Eine fünfte Stelle ist dem Inhalte nach aus Nov. 5. cap. 2. genommen. § 6 — 9, 11, 12 der Ekloga sind ausgelassen, und auch die übrig gebliebenen Stücke folgen nicht genau in derselben Ordnung auf einander. Der zehnte Titel besteht aus dreizehn §§ von denen der erste, zweite und 9te sich auch im Prochiron XV. 1, 5, 2 wiederfindet. Die übrigen Stellen sind mit Ausnahme einiger, deren Quelle ich nicht immer anzugeben weiß, ohne Beibehaltung der Worte, aus Nov. 120 cap. 1, 6, 7, 9. entlehnt. Unter jenen ist ein Excerpt aus Nov. 131. cap. 14. Der elfte Titel stimmt wieder, bis auf die hin und wieder veränderte Ordnung mit dem 10ten der Ekloga überein. Vom 12ten an aber verliert sich diese Aehnlichkeit fast ganz, und es tritt dafür eine andere, allerdings viel entferntere mit dem Prochiron ein. In der Regel näm-

lich enthält jeder Titel ziemlich dieselben Stellen, die sich in dem entsprechenden des Prochiron finden, aber in anderer Ordnung, und ausserdem noch eine Anzahl andrer in das Prochiron nicht mit aufgenommener Stücke. Diese letzten nun scheinen zum Theil der ursprünglichen Fassung der Epanagoge anzugehören, zum Theil aber erst späterer Nachtrag zu seyn. Daher vermuthe ich, daß diese Vorarbeiten der Epanagoge bei Compilation des Prochiron zum Grunde gelegt, d. h. mit Weglassung des minder Bedeutenden, und Hinzufügung einiger Nachträge überarbeitet wurden. Die Durchsicht einiger Titel möge das Gesagte erläutern:

Epanagoge XII., entspricht Prochiron XXVII. Ep. § 1, 2 = Proch. § 7, 8; 3, 4 = 29, 30; 6 = 24; 7, 8 ∽ 23; 9 = 22; 10, 11. = 24; 12 = 26; 13 = 25; 14, 15 = 20, 21; 16 = 28; 18 = 31; 19 = 23; 21 = 11; 22 = 27; 23 = 3; 24 = 18; 25 = 14; 26, 27 = 5, 6; 28 = 10; 29 = 17; 32. ∽ 16. (Die Epanagoge enthält den Text von Nov. 90 c. 4 pr., das Prochiron aber nur einen kurzen Auszug); 33 = 15; 36 = 9; 37 = 2 (oder Ecloga XXVI. 23.) So hat denn die Epanagoge den ganzen Inhalt des Prochiron mit alleiniger Ausnahme von § 1, 4, 12, 13. Ferner stimmt § 38 der Epanagoge mit § 10 der Ekloga. Von den übrigen §§ der ersteren enthält § 5. Auszüge aus Theophil ad § 9 Inst. D. testam. ord.; § 20 scheint sich auf Nov. Leon. 48 zu beziehen. § 30, 31, 34, 35 sind Auszüge aus Nov. 90 cap. 3–5. Der 39ste § ist überschrieben ἐκ τῶν πεϱὶ (schreibe παϱα) τίτλων τοῦ ε' τι.[128] Darauf folgt die Ueberschrift ἐκ τοῦ η. τι τῶν δτ., und darunter der ohngefähre Inhalt von L 21 C. De haeret. Auszüge aus dem Titel der Pandecten Qui testamento (L 22 § 2, L 20 § 9, 10, L 22 § 4), eine Stelle aus der Ecloga (IX. 11.) u. s. w. Dann folgt als Ueberschrift des § 48: ἐκ τῶν πεϱὶ ἀποδείξεων. Offenbar gehört

128.) Sollte hier die Pseudobalsamonische collectio constitutionum ecclesiasticarum gemeint seyn.

indeß dieses Rubrum zu § 47, der L. 10. De probatt. entspricht. Die Quellen der letzten vier kurzen §§ weiß ich nicht anzugeben.

Dem XIII. Titel entspricht weder in der Ekloga noch im Prochiron ein ähnlicher. Der Inhalt ist aus Nov. 49, Nov. 73. c. 1 - 5, 7, 8 und den Basilikenübersetzungen der Titel De probationibus (L. 13. L. 16. Dig. L. 7, 24 Cod.) und De fide instrum. (L. 1, 3, 5, 8, 11, 14, 17, 21, 22 cod.) und ein paar anderen Stücken zusammengesetzt. Darunter sind die Pandectenstellen durch die Ueberschrift: ἐκ τοῦ κβʹ βι. τοῦ αʹ τι, bezeichnet.

Von dem 14ten Titel finden sich folgende Stellen im Prochiron wieder: § 1, 2. = Proch. I. 1, 2; 4 = 11; 5 = 3; 6 = 7; 10 = 5; 11 = 4; 13 ∽ 6; 14 — 16 = 8 — 10; 19 - 21 = 12 — 14. Die übrigen §§ sind aus dem ersten (cap. 2, 3, 6 und 13. Fabr. IV. 213 und 15) und dritten (cap. 3. Fabr. 229) Titel der Basiliken und Nov 123. cap. 39. genommen. § 7 dagegen entspricht der Nov. Leon. 18.

Ep. XV. 1. = Proch. II. 1; 3 — ∽ 2; 5 = 4, 5; 8, 9 = 6, 7; 10 = III. 2; 11 = 1; 12, 13 = 3, 4. Der § 7 ist L. 5. C De sponsalib. aber nicht nach der Basilikenübersetzung, sondern nach dem in Scholion K (Fabrot. IV. 228) zum Theil angeführten κατὰ ποδας. II. 3, und III. 5 — 7 des Prochiron finden sich nicht in der Epanagoge.

Epan. XVI. 1 ∽ Proch. IV. 1; 3, 4 = 2, 3; 5 = 11; 6 = 14; 7 = 7; 8 = 20; 9 = 10, 10, 11. = 7, 8; 12 = 21; 14, 15 = 22; 16 = 13; 17 = 16; 18 = 4; 19 = 17; 20 = 16; 21, 22 = 23, 24; 23 = 12; 26 = 15; 29 = 25; 30 = 9; 31 = 19; 32. - 36 = V. 3 - 7; 37 = IV. 5; 42 = 10; 45 = V. 1; 47 - 49 = VII. 24, 25, Hier bleiben dem Prochiron eigenthümlich die §§ 18 des 4ten und 2 des 5ten Titels. Die Paragraphen der Epanagoge dagegen, die sich nicht im Prochiron finden, sind großentheils aus dem vierten Titel des 28.

Buches und aus dem ersten Titel des 29. Buches der Basiliken entlehnt. Einige andere Excerpte sind aus Nov. 74, 89, und 117. Die §§ 39, 40 aber entsprechen den Leonischen Novellen 98, 111, 112 und

Ganz auf die gleiche Weise geht es durch das ganze Werk hindurch. Namentlich in den nächsten Titeln habe ich folgende Stellen aus den Leonischen Novellen bemerkt: XVII. 15 bezieht sich auf Nov L. 24. XVIII. 44 auf Nov. L. 22, 85; XVIII. 45 auf Nov. Leon. 106; XX. 21 ist aus Nov. L. 50 entlehnt.

Besonders regelmäßig werden die, ohne Zweifel der Epanagoge erst später zugesetzten, Excerpte vom XVIII. Titel an (in dem ebengenanten Titel allein 40 unbezifferte §§), die sogar in derselben Ordnung aufeinander folgen, in der sie sich noch jetzt in den Basiliken finden. Gewöhnlich stimmt die Uebersetzung mit der in den Basiliken überein [129]. Zu Zeiten aber, und namentlich im 20sten und 21sten Titel ist es eine andre; manchmal (z. B. XVIII. 36) ist auch ausdrücklich erwähnt, das Aufgenommene sey das πλάτος. Nicht selten findet sich eine sorgfältige Benutzung der Basilikenscholien, z. B. XVIII. 46-48 das Scholion a bei Fabrot IV. 645, und Scholion f. ibid. 649. XVIII. 25 stimmt genau mit dem ersten Scholion zu Harmenop. IV. 8. §. 25. überein. Nicht selten sind offenbare Beziehungen auf Theophilus (z. B. XVI. 57, und XVII. 7.) Nur einmal aber habe ich eine zusammenhängende Darstellung des Nach-Justinianischen Kaiserrechtes bemerkt (XVII. 11-15 [130]). Die Wiederholungen, die in demselben Titel sehr häufig sind (z. B. XVII. 3, 4 kehrt schon in 9. 10 wieder) mögen auf Rechnung der fremdartigen Zusätze kommen.

Es läßt sich nicht läugnen, daß die Frage, mit deren

129) Dabei finden sich nicht selten merkwürdige Varianten, wie z. B. der Zusatz einer Negation in XXVIII. 34. Basil 38 in XVII. 31.

130) Hier namentlich eine merkwürdige Ausführung über die Bedeutung der neuen Postjustinianeischen kirchlichen Adoption.

Beantwortung wir uns hier besonders beschäftigen, aus der Epanagoge weiter kein besonders Licht erhält. Wenn die außerordentliche Uebereinstimmung der ersten Titel mit der Ekloga der Meinung die im Obigen von mir verfochten ist, sehr das Wort zu reden scheint, so ist auf der andern Seite nicht zu verschweigen, daß die, allerdings ohne Vergleich entferntere Verwandtschaft der späteren Titel mit dem Prochiron sich auf eine unerwartete Weise der Originalität des letzteren entgegenstellt. Ergreift man dafür auch den von mir vorgeschlagenen Ausweg, so bleiben Leo's harte Ausdrücke über die Werke, die dem Seinigen vorhergingen, immer auffallend. Ich würde mich länger mit diesen Schwierigkeiten beschäftigen, und sie zu heben versuchen, wenn nicht zu hoffen wäre, daß eine reinere Handschrift der Epanagoge, bei genauerer Untersuchung, sie wenigstens zum Theil aus dem Wege räumen wird [131].

§. 13.

Die Zeit der Entstehung dieser Compendien läßt sich nur bei einem mit Genauigkeit bestimmen: die §. 1. angegebene Inschrift der Ekloga, die für diese den März 876 angiebt, erscheint vollkommen unverdächtig. Die der Epanagoge ist es zwar auch, enthält aber keine Zeitangabe, so daß nur aus den in ihr, als Mitregenten genannten Personen geschlossen werden kann, daß sie zwischen den Jahren 879 und 886 abgefaßt seyn muß. Wie wenig auf die Inscription des Prochiron zu bauen ist, haben wir oben bereits gesehen. Würden durch sie wirklich Leo und Constantin als Mitregenten verbürgt, so sähen wir uns allerdings auf die Jahre 910 bis 12 hingewiesen, und in diesem Falle würde sich gegen die im

131) Wenn eine, sonst unbekannte, Leonische Novelle (Biener Gesch. d. Nov. S.   ) nach Cujacius ad L. 15 De Decurion. (X. 31. Venetianer Ausg. v. 1758. II. 612), den Tabellionen befiehlt, Exemplare eines Enchiridion in 40 Titeln vorräthig zu haben, so kann damit nur die Epanagoge gemeint seyn. Merkwürdig ist es übrigens, daß keines der drei Werke der Ordnung der Basiliken entspricht.

Obigen verfochtene Bestimmung noch ein neues, bisher unbeachtet gebliebenes Bedenken erheben. Es hatte nämlich Leo wenigstens schon seit 906 die Zoe Karbonopsina zur vierten Frau genommen, und in dem Prochiron, IV. 23, wird selbst die dritte Heirath als Sünde verboten. Ob nun gleich Leo, wie schon erwähnt ist, dieses Verbot in seinen Novellen selber gegeben hatte, so ist es doch kaum glaublich, daß in einem neu angefertigten Gesetzbuch ein Prohibitivgesetz Platz gefunden hätte, gegen das der Kaiser nicht allein fortwährend sündigte, sondern dessen Gegenstand ihm so eben die verdrießlichen Händel mit dem Patriarchen Nikolaus zugezogen hatte. Da nun aber die Inschrift Leo und Constantin wie wir oben gesehen, durchaus nicht beglaubigt ist, so dürfen wir in eine etwas frühere Zeit vor Leo's Regierung hinaufsteigen, und haben nur die Abfassung des Prochiron nach der der Basiliken, etwa um das Jahr 900 zu setzen.

§. 14.

Der Nutzen, den die Wissenschaft aus den genannten drei Compendien ziehen kann, ist außer dem literarhistorischen, ein beschränkter. Für die Dogmengeschichte ist die Ekloga am wichtigsten, und eröffnet uns, wie im §. 10 gezeigt ist, eine bisher kaum beachtete reichliche Quelle für die Kenntniß des Gewohnheits- und Constitutionenrecht zwischen Justinian und Basil. Für die Kritik der Justinianeischen Rechtsquellen sind alle drei Compendien in doppelter Hinsicht bedeutend: Theils können sie dazu dienen, die anderweitig vorhandenen, und oft sehr fehlerhaft abgedruckten griechischen Versionen zu berichtigen, theils aber auch diese zu ergänzen. In der letzten Beziehung ist oben Einiges die Ekloga betreffende beispielsweise beigebracht. In Hinsicht des Prochirons finden sich manche Bemerkungen bei Reitz zum Harmenopul versteckt. Die reichste Ausbeute möchte indeß die Epanagoge und zwar wieder wohl hauptsächlich in den nicht ursprünglichen Stücken

geben, mit denen sie sich in späteren HSS., z. B. der Wienerischen bereichert findet.

Noch wichtiger für die zuletzt erwähnten Zwecke dürften einige andere wenig beachtete Werke der byzantinischen Jurisprudenz seyn. Namentlich ein Tractat über Obligationen aus vorbasilischer Zeit, der anfängt: Ἐνοχὴ ἐστὶ δεσμὸς δικαίου, und in der Laurentianischen HS. Plut. LXXX. cod. 2. No. 1. (Bandini III. p. 172.) aufbewahrt wird. Er scheint mir von dem öfter handschriftlich vorkommenden Büchlein περὶ ἀγωγῶν, und von dem Werke verschieden, von dem Mai aus einer Ambrosianischen HS. ein Fragment edirt hat. Mein gelehrter Freund, der Advocato Pietro Capei in Florenz, hat auf meine Bitte sich damit zu beschäftigen angefangen, und wird, wie ich hoffe, genauer darüber berichten. Aus der Zeit nach den Basiliken, aber mit vielfacher Rücksicht auf die ächten Justin. Quellen ist ferner ein ausführliches in dem Wiener Codex III. 6. (Lambec. p. 15.) enthaltenes Rechtsbuch, das großentheils aus Excerpten, oft mit genauer Angabe der Quelle, zusammengesetzt ist. Viele Lücken in den Fabrotischen Basiliken lassen sich auf diesem Wege ergänzen, oft erhält man auch eine andre Version, als die, in die Basiliken aufgenommene; nur ist zu bedauern, daß die Cyrillische epitomirende Uebersetzung der Pandekten vorzugsweise gebraucht zu seyn scheint.

§. 15.

Die Leistungen derer, die diesen Gegenstand vor mir untersucht haben, genauer durchzugehen, halte ich für unnöthig. Die älteren Schriftsteller, von Freher an, werfen die verschiedenen Werke völlig durcheinander. Die neueren dagegen bauen ihre Schlüsse großentheils auf unzuverlässige, oder irrig benannte Quellen. So namentlich Zepernick, Pohl und Heimbach. Zepernick ist dabei so wenig sich selbst getreu, daß er dasselbe Buch, von dem er mit vielem Aufwande sich zu

beweisen bemüht, es müsse Prochiron Basilii genannt werden selber gar häufig Ekloga Leonis nennt [132]. Reitz, Haubold und Biener haben allerdings aus Handschriften geschöpft, behandeln aber unsre Frage mehr oder weniger nur im Vorübergehen. Von ihnen genauer zu handeln wird dadurch unnöthig, daß die polemische Seite der gegenwärtigen Abhandlung ausschließlich gegen ihre Ansicht gerichtet ist. Mehr als eines der von mir gebrauchten Argumente findet sich schon bei den Vorgängern, wie das zuweilen, wenn auch nicht immer, in den Noten bemerkt ist; dennoch aber glaube ich das Ganze der Untersuchung neu, und mir eigenthümlich nennen zu dürfen.

Ich kann nicht umhin, eine Betrachtung zum Schlusse anzufügen, die bei der längeren Beschäftigung mit den neugriechischen Rechtsbüchern sich gewaltsam mir aufgedrängt hat: Bei allen Mängeln und Verkehrtheiten stellen uns diese Werke ein ununterbrochenes Fortleben des römischen Rechtssystemes bis auf neuere, ja neueste Zeiten dar, und zwar nicht als eine Antiquität, den gänzlich verschiedenen Sitten des Volkes gegenüber, sondern fortwährend nach den Bedürfnissen der Zeiten durch weltliche und geistliche Behörden, wie durch Gewohnheit umgemodelt. So besonders im Harmenopul. Ist es nun nicht zu beklagen, daß durch eine umgekehrte Erscheinung, als sie der Occident im 12ten Jahrh. erfuhr, das alte, mit dem Volke verwachsene Recht, in dem Augenblicke der ersehnten Regeneration von dem Boden, wo alle jene Bücher entstanden, vertrieben, und mit einem, Griechenland, seinen Sitten und seinem Glauben so fremden Gesetzbuche, als der Code ist, vertauscht werden soll? Gewiß eine sorgsame Ueberarbeitung des Harmenopul, mit Rücksicht auf die vollständigeren Quellen, und auf die Sitten unsrer Zeit, wäre um vieles dienlicher.

132) Z. B. in den Noten zu Beck p. 66. Na. f., 81. Na. j 88. Na. 1., 104 No. r., 135. Na. f. u. s. w.

Nachtrag.

Durch die besondere Güte des Herrn Prof. Biener bin ich jetzt im Stande zu der Vorrede der Epanagoge, die ich oben aus einer Marcianer H. S. mitgetheilt, noch die Varianten der Palatinisch-Vaticanischen $\frac{55}{223}$ nachzutragen, welche derselbe mir aus der Abschrift ausgezogen hat, die Herr Doctor Röstell ihm aus Rom zugesandt. Einige bieten offenbare Berichtigungen, Andre bestätigen von mir versuchte Emendationen. Offenbare Schreibfehler übergehe ich ebensowohl, als ich auch schon oben orthographische Fehler des Marcianer Coder stillschweigend verbessert habe.

Text des obigen Abdruckes	Vat. Pal. Lesart.
αὐτίκα μνημονευομένων	αντικειμενων
ανάκρισίν τινα καὶ κρᾶσιν	αναρρυσιν τ. κ. κ.
ὑποδείξῃ λέγων	ὑποδειξειε (sic) νυν
'ἐξορίζων τὴν τῶν ἐναντιωθέντων	εξωωζων (sic) τ. τ. εν.
τῶν προκεκριμένων, ὥστε διδακτῶν νόμων,	τ. πρ. ὡς θεοδιδακτων ν.
τῆς ἄνω μακαριότητος	τ. ανθρωπῳ μακ.
τῷ τῆς ἰσότητος νόμῳ βλέποντα	τ. τ. ανισοτ. ν. βλ.
ὥσπερ καὶ Θεῷ	ὡσπ. δη κ. Θ.
Δόξασθαι οὐκ, τοῦτον τὸν νόμον	Δεξασθαι ο. τ. τ. ν.
ἱερατικῶν καὶ ἀρχιερατικῶν τελετῶν	ἱερ. κ. αρχ. τελειων.
ἐπειδὰν εἴτε δὴ ἡ τελεία —— εἴτε δὴ ὁ τέλειος	wie der gedruckte Text
δυσχεραίνοντες κατελέξαμεν	δυσχ. κατεταξαμεν.

Ferner macht mich Hr. Prof. Biener noch auf zwei in Moskau befindliche H S S. der Ekloga aufmerksam, die zwar

beide von Matthaei (Catal. Codd. Mosqq. Lips. 1805 p. 194. No. 301. bombyc. saec. XV. fol. 63—88a und p. 331. No. 56 chartac. saec. XV. fol. 108a) bereits erwähnt, ihm aber von Hrn. Prof. Clossius in Dorpat genauer beschrieben worden sind. Beide haben 18 gezählte Titel, nur die letzte indeß die Vorrede Ὁ δεσπότης und die Ueberschrift πίναξ τῶν νεαρῶν νομοθεσίων τῶν φιλευσεβ. ἡμῶν βεσιλέων Λέοντος καὶ Κωνσταντίνου. In beiden fehlen Leunclavs zehn erste Titel, und in beiden sind die übrigen 18 der gedruckten Ausg. zum Theil mit einzelnen Zusätzen bereichert, zum Theil aber auch abgekürzt. Auch die Anordnung der Titel ist nicht vollkommen übereinstimmend, immer aber scheint sich die zweite H S. dem Leunclavischen Abdruck mehr zu nähern als die erste.

Eine Verbesserung der Ausgaben des Cajus.

Von

Puchta.

Wenn es Formulae gab, in welchen die Worte: si non paret absolve fehlten, dem Judex also die absolvendi potestas durch die Formel nicht übertragen ward, wie die Ausgaben des Cajus (B. IV. §. 43.) lehren, so entsteht die Frage: welchen Einfluß diese Fassung auf das Officium Judicis hatte? Ihre Beantwortung würde ohne Zweifel Stoff zu interessanten Untersuchungen geben *), welche ich jedoch nicht anzustellen, sondern deren Veranlassung ich vielmehr durch das folgende zu beseitigen gedenke.

Der angeführte Paragraph steht in der Handschrift p. 202. lin. 29. bis p. 203. lin. 5., und lautet in den Ausgaben so:

lin. 23. — — — — — — — — Condemna
— 24. tio est ea pars formulae, qua judici condemnandi
— 1. absolvendiue potestas permittitur. velut haec pars
— 2. Formulae: judex N. N. A. A. sestertium x milia condemna, si non paret
— 3. absolve. item haec: judex N. N. A. A. dumtaxat (x milia) condemna, s
— 4. i non paret absolvito. item haec: judex N. N. A. A. x milia condemna
— 5. to et reliqua, ut non adjiciatur: (si non paret absolvito).

Die eingeschlossenen Worte beruhen auf Conjecturen, welche der Herausgeber in den Text aufgenommen hat. Die ersten (x milia Zeile 3) fehlen ganz in der Handschrift, den

*) Heffter zu dem §. erklärt diesen Mangel der Formel durch qui damnare potest, is absolvendi quoque potestatem habet L. 3. de re jud. L. 37. de R. J. Aber wenn auch hiernach anzunehmen wäre, daß die Nachläßigkeit, jene Worte auszulassen, keine Folge gehabt habe, so ist noch keineswegs dadurch erklärt, wie Cajus dazu kam, eine solche mangelhafte Formel als Muster aufzustellen.

zweiten (si non paret absolvito Zeile 5) liegen ungewisse Züge des Coder zu Grunde. Diese letzteren sind es, welche uns hier zunächst angehen, denn hiernach eben soll es Formeln mit der eingangs bezeichneten Eigenschaft gegeben haben.

Schon die Betrachtung des Begriffs, welchen Cajus von der Condemnatio giebt, muß diese Conjectur als höchst zweifelhaft erscheinen lassen. Denn was sollen wir dazu sagen, daß Cajus die Condemnation als den Ort bezeichnet, wo dem Judex die condemnandi *absolvendive* potestas verliehen wird, und zu diesem Satz unter andern ein Beispiel anführt wo dieß nicht geschieht, der Judex vielmehr wenigstens durch die Worte bloß condemnandi potestas erhält? Glücklicherweise aber hat Cajus selbst dafür gesorgt, daß ihm eine solche Sonderbarkeit nicht untergeschoben werden kann. Er führt nämlich die Formel, welche nach jener Conjectur keine Absolution haben soll, mit: condemnato *et reliqua* an. Dieses et reliqua kann nichts anderes seyn als si non paret absolvito, also sagt Cajus selbst, daß dieses nicht fehlt.

Die richtige Lesart ist auf einem Wege zu finden, der beiden Mängeln der Stelle abhilft. Die Stelle, wo in Z. 3. die Worte x milia fehlen, und vom Herausgeber mit Recht eingesetzt worden sind, steht in der Handschrift gerade über derjenigen, wo in Z. 4. diese Worte stehen, und, wie ich behaupte, gestrichen werden müssen, und somit haben diese Worte nur ihren Ort durch eine in Handschriften sehr gewöhnliche Wanderung verändert. In den Zügen der Handschrift am Ende des §., wie dieselben in den berliner Ausgaben mitgetheilt sind, finde ich, damit übereinstimmend, mit großer Deutlichkeit: $\overline{ss}\ \overline{x}\ \overline{m}$, und hiernach ist denn die richtige Lesart von Z. 4 u. 5. folgende:

item haec: judex N. N. A. A. condemnato et reliqua, ut non adjiciatur: ***sestertium x milia.***

Ueber das Alter des Quasiususfructus.

Von

Demselben.

Unsere Rechtshistoriker sind darüber im reinen, daß das Senatusconsultum: ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit, zur Zeit des Cicero noch nicht gegeben war. Diejenigen welche am weitesten zurückgehen, setzen es unter August, und bringen es mit der Lex Julia et Papia Poppaea in Verbindung. Der Beweis seiner Entstehung nach Cicero soll in folgender Stelle liegen, worin Cicero ausdrücklich sage daß in dem ususfructus bonorum die verbrauchbaren Sachen nicht begriffen seien.

> Ex contrario autem (ducitur argumentum) sic: Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim, non abusus legatus est. (Topic. cap. 3.)

Ich glaube, daß die Stelle diesen Sinn nicht hat, daß sie vielmehr die Möglichkeit eines Ususfructus an verbrauchbaren Gegenständen voraussetzt.

Es kommt hiebei alles auf das Wort: pertinere an. Non debet putare, id (der Vorrath an Wein und Oel) ad se pertinere, erklären unsere Juristen so: dieß ist nicht Gegenstand ihres Ususfructus. Nun ist nicht zu läugnen, daß jener Ausdruck eine sehr weite Anwendung verstattet, und daß namentlich, wenn die Frage ist, ad quem ea res per-

tinet, um darnach das Interesse an dem Gegenstand zu bestimmen, unsere Quellen ihn in einem sehr weiten Sinne nehmen (L. 181. de V. S.) Aber darum ist derselbe doch nicht überall und in jeder Wendung der zuläßige, oder wenigstens der gewöhnliche, um irgend ein Gehören oder Betreffen damit zu bezeichnen. Daß mir keine Stelle gegenwärtig ist, worin res pertinet ad usufructuarium so viel hieße als: die Sache ist Gegenstand des Ususfructus, kann meine Schuld seyn, aber wenn es auch solche Stellen gäbe, so würde ich dennoch nicht anstehen, dieses an sich eine sehr ungewöhnliche und ganz und gar nicht verständliche Redeweise zu nennen. In dem Pandektentitel de usufructu wird, um das was dem Usufructuar vermöge seines Rechts als Erzeugniß zufällt, zu bezeichnen, unzähligemal gesagt: omnis fructus rei, reditus etc. ad fructuarium pertinet, überhaupt auch usumfructum rei ad eum pertinere und non pertinere. So namentlich in L. 9. §. 4. 6. nicht alluvionem, seminarium sondern alluvionis etc. usumfructum ad fructuarium pertinere. In L. 68. wird die Frage, an partus ad fructuarium pertineat? verneint, und dann noch als eine Ausdehnung dieser Antwort bemerkt: nec usumfructum in eo fructuarius habebit. Dieselbe Anwendung wiederholt sich bey der Dos.

Wenn wir nun diese Bedeutung des Ausdruckes auf unsre Stelle anwenden, und wir sind um so mehr dazu veranlaßt, als sie wirklich von Früchten, vinum et oleum, spricht, so sagt sie: Wenn der Frau der Ususfructus bonorum hinterlassen ist, so darf sie nicht glauben, daß sie sich die Früchte die sie schon vorfindet, zueignen könne, daß sie ihr gehören, wie wenn sie dieselben selbst gezogen hätte, sie sind vielmehr Gegenstand des Ususfructus. Denn darin besteht der Ususfructus, daß man den Gegenstand brauche, nicht daß man aufbrauche, als ein uns vollständig zugehöriges. — Was unsere Juristen gehindert hat, die Worte so zu nehmen, wie sie ihnen täglich in den juristischen Quellen vor die Augen kommen,

ist vielleicht das Wort abusus, wobey uns von den Subsellien her immer das: quarum usus consistit in abusu, in den Ohren tönt, als wenn nur an den res quae usu consumuntur ein abusus möglich wäre. Aber Cicero hätte eben so gut statt Weins und Oels, die schon getrennten Jungen der Thiere nennen können, ohne daß er weiter ein Wort an der ganzen Stelle zu ändern gehabt hätte.

Ueber den Zusammenhang der einzelnen Organe des positiven Rechts der Römer mit der gleichzeitigen juristischen Doctrin, und über die geschichtliche Begründung der letztern.

Von Herrn Professor

H. E. Dirksen in Königsberg *).

Ein tieferes Eindringen in den inneren Zusammenhang der geschichtlichen Fortbildung der Rechtsdoctrin bei den Römern [1]) wird in den zahlreichen Bearbeitungen der Geschichte des römischen Rechts zwar zur Zeit noch vermißt, indeß giebt die juristische LiterärGeschichte befriedigenden Aufschluß über diese auffallende Erscheinung. Inwieweit die Ansicht der Juristen des achtzehnten Jahrhunderts, von der ausschließlichen Einwirkung der gesetzgebenden Gewalt im Staate auf die Entwickelung des positiven Rechts, und die Wahrnehmung einer geflißentlichen Opposition zwischen Rechtsdoctrin und Rechtsanwendung in unsrer Zeit, jeden Versuch zurückweisen mußten,

*) Diese Abhandlung ist schon geraume Zeit in meinen Händen gewesen, und der Druck sehr zufällig aufgehalten worden; es ist also dem Verfasser nicht zu imputiren, wenn auf etwanige neueste Litteratur nicht Rücksicht genommen worden. Hasse.

1) Die für die Bildungs-Geschichte der juristischen Doctrin scheinbar so passende Bezeichnung: der Dogmen-Geschichte, muß deshalb vermieden werden, weil unsre Juristen übereingekommen sind, diese Benennung der speciellen Literär-Geschichte der einzelnen Rechtslehren vorzubehalten. S. Haubold *Praecogn. J. R. priv. noviss.* §. 20. not. a. in f. pag. 26 Lips. 1796. 8. Falck jurist. Encyclopäd. §. 153. S. 325. der 2. Aufl. Kiel. 1825. 8. Savigny Gesch. des R. Rs. im Mitt. Alt. Bd. 4. Einltg. S. X. fg. Heidelb. 1826.

dem Studium der Geschichte der Rechtswißenschaft bei den Römern eine selbstständige Thätigkeit und eine unmittelbare Einwirkung auf die Verknüpfung der einzelnen Organe des einheimischen Rechts dieses Volkes zu vindiciren mag hier nicht weiter untersucht werden, indem die eigenthümliche Beschaffenheit und Behandlungsweise der römischen Rechtsquellen zur Lösung unsres Problems vollkommen ausreichen.

Die in den juristischen Quellen überall hervortretende Unterscheidung der einzelnen Organe des positiven römischen Rechts nach deren äußerer formeller Begrenzung verleitete die ältern Rechtshistoriker, nicht nur diese Organe als gar nicht verbunden unter sich zu betrachten, sondern auch die *auctoritas iurisprudentum* als getrennt von der Doctrin darzustellen und den Ausflüßen des geschriebenen Rechts beizuzählen. In dieser Voraussetzung bestärkte man sich um so mehr, da man in Justinian's eignen Gesetzen der Rechtsdoctrin eine sehr untergeordnete Stellung angewiesen sah, auch in der kaiserlichen Verleihung des *Ius respondendi* an die Juristen, so wie in dem angeblichen alten Institut der sg. Disputatio Fori, die unzweideutigsten Beweisgründe für eine von je her in Rom bestandene Trennung der Rechtsdoctrin und der practischen Fortbildung des positiven Rechts wahrzunehmen glaubte. Zwar blieb auch bei dieser Beschränkung immer noch Raum für die Geschichte der Rechtsdoctrin; allein deren Studium schien in Bezug auf die früheren Perioden des römischen Staats durch die geringe Anzahl und die theilweise Unzuverläßigkeit der einzelnen historischen Zeugniße zurückgedrängt zu seyn, für die Kaiserperiode dagegen in der Erörterung der sg. Schul-Controversen im eigentlichsten Sinne unterzugehen; nicht nur weil man jede Aeußerung der Justinianischen Rechtsquellen über eine zweifelhafte Rechtsfrage auf diese Streitigkeiten der Secten zurückführte, sondern vornehmlich indem man die Möglichkeit eines geschichtlichen Bildungsganges der Rechtswißenschaft bei

den Römern vorweg durch die Annahme leugnete, daß die Streitsätze der Schulen schon von den ersten Stiftern derselben unabänderlich fixirt worden seyen, und sämmtliche Juristen seit August, bis wohl gar auf Justinian herab, ausschließlich beschäftigt haben [2]).

Die Thätigkeit der neuern Rechtshistoriker wurde von andern Gegenständen, deren Begriffe blos wegen mangelhafter Critik und Auslegung der vorhandenen Quellen unzureichend entwickelt erschienen, gar zu sehr in Anspruch genommen, als daß sie vorzugsweise der Lösung einer Aufgabe sich hätte zuwenden können, für welche die Zeugniße der Quellen höchst sparsam zu fließen scheinen. Erwäge man nur, wie ungleich näher die Aufforderung lag, den reichhaltigen Schatz der Ueberreste aus den Schriften der juristischen Claßiker zur Vervollständigung der kümmerlichen Bruchstücke von Volksgesetzen, Senatsbeschlüßen, Magistrats-Edicten, und zum Theil auch der kaiserlichen Constitutionen, zu benutzen, als daß man umgekehrt einen Versuch hätte wagen sollen zur Ergänzung der fühlbaren Lücken in der Geschichte der römischen Rechtsdoctrin aus dem Vorrath dieser eben genannten Organe des positiven römischen Rechts. Mußte nicht ein solcher Versuch um so bedenklicher erscheinen, da dem Zugeständnis eines unmittelbaren Einflußes der juristischen Doctrin auf die Bildung der einzelnen Organe des einheimischen Rechts der Römer so mancher Einwand entgegengesetzt werden konnte? Es wird daher den Verdiensten Hugo's um die Geschichte des römischen Rechts schwerlich Abbruch thun, wenn man einräumen muß, daß dieser Autor bei der geschichtlichen Entwickelung der wißenschaftlichen Bearbeitung des römischen Rechts fast ausschließlich die äußeren Beziehungen seines Gegenstandes aufgefaßt, und deren vereinzelte Erörterung bis zu einem Punkte getrieben hat, der mit der Critik und Auslegung der

2) S. des Verf. Beiträge S. 13. fgg. S. 130. fgg. Leipz. 1825.

vorhandenen historischen Quellen in keiner weitern Berührung steht [3]).

Was nun zunächst die scheinbare Behauptung anbelangt, daß es an zuverläßigen Quellen für die Geschichte der römischen, und insbesondre der ältern, Rechtsdoctrin gar zu sehr gebreche; so bedarf dieses Postulat großer Einschränkung. Selbst die directen Zeugniße über frühere Rechtscontroversen [4]) lassen sich erheblich vermehren, sobald man nur die herkömmlichen Collectiv-Bezeichnungen ihrer Verfechter, insbesondre die Ausdrücke: *Veteres* und *veteres iuris auctores, vel conditores* richtig deutet [5]) auch nicht übersieht, wie bei den von spätern Juristen behandelten, fingirten oder aus der alten römischen Geschichte entnommenen, Rechtsfällen mehr oder minder bestimmt angedeutet ist, daß die erste Anregung zu deren Erörterung von den ältern juristischen Claßikern ausgegangen sei [6]). Daneben aber haben wir auch über einen nicht unerheblichen Vorrath von indirecten Zeugnißen zu gebieten, deren Glaubwürdigkeit freilich erst durch den Beweis bevorwortet werden muß, daß die römischen Rechtsquellen von rein juristischem Inhalt, sowohl Leges, als Senatus Consulte, und Edicta Magistraruum, ja zum großen Theil auch die Constitutiones Principum, in einem so genauen Verbande mit der gleichzeitigen Rechtsdoctrin gestanden haben, daß sie in gewißem Betracht als deren unmittelbare Resultate angesehn werden können, und bei vorsichtiger Folgerung einen zuverläßigen Rückschluß auf den Standpunkt der Rechtsdoctrin ihrer Zeit, nicht blos im allgemeinen sondern auch in Beziehung auf einzelne Rechtsregeln, verstatten.

3) In dessen Geschichte des R. Rs. bis auf Justinian. S. 691 fgg. d. 9. Aufl.

4) Ueber die Mangelhaftigkeit der gangbaren Verzeichnisse dieser Controversen vergl. des Verf. Beiträge. S. 126. not. 8.

5) S. den Verf. a. a. O. S. 159. fgg.

6) E. F. Freiesleben. Beiträge zur R. Rechtsgesch. Heft 1. S. 37 fgg. Leipz. 1826. 8.

Wir können nicht umhin, die wiederholten nachdrücklichen Aeußerungen des Pomponius [7]) über die Bedeutsamkeit der Juristen für die lebendige Fortentwickelung des einheimischen Rechts der Römer, nicht blos von der Auslegung vorhandener Gesetze, sondern auch von dem Zurathezieh̃n der Rechtsgelehrten bei der Abfaßung neuer gesetzlicher Vorschriften zu deuten, um so mehr da das Bedürfnis einer solchen Berathung mit rechtskundigen Männern sich von selbst aus dem Umstande ergiebt, daß die zu Rogationen an das Volk, so wie zu Propositionen an den Senat, und zur Abfaßung von Edictis Perpetuis in Rom befugten Beamten keine Juristen von Fach zu seyn brauchten. Auch das Argument, daß Papinian [8]) in seine Definition des Gesetzes dies Criterium aufgenommen hat: es sei die Lex ein *virorum prudentium consultum*, können wir nicht durch den Einwand für entkräftet halten, der Jurist sei hier lediglich einer bekannten Aeußerung des Demosthenes gefolgt [9]). Der entscheidende Beweis aus historischen Berichten, daß die Juristen zur Abfaßung einzelner Leges mitgewirkt haben, ist freilich wegen Mangelhaftigkeit der erhaltenen Nachrichten sehr beschränkt. Fast nur bei der Compilation der Zwölf Tafeln läßt sich dies mit Bestimmtheit darthun [10]). In Beziehung auf andre Festsetzungen der gesetzgebenden Gewalt, wo der Berathung mit Juristen ausdrücklich Erwähnung geschieht, wie z. B. bei der Verfügung August's über die verbindliche Kraft der Codicille [11]), wißen wir nicht, in welcher Form der Wille des Souverains sich ausgesprochen hat [12]); und auf jeden Fall

7) L. 2. §. 13. in f. vergl. §. 5. §. 6. §. 35. pr. D. *de O. J.*
8) L. 1. D. *de Legib.*
9) S. Jac. Curtius *Eikast.* Lib. 2. c. 24. (in Otto's *Thes. T.* V. p. 164) und Constantius Landus *Comm. ad L.* 1. *et L.* 7. D. *de LL.* z. Anf. (ebendas. T. III. p. 1369 sq.)
10) Minder entscheidend ist der Bericht, daß auch die älteste Sammlung der angeblichen königlichen Gesetze von einem Pontifex Namens Papirius, also einem Rechtskundigen, ausgegangen sei.
11) Pr. *I. de Codicill.* §. 12. *de fideicom. hereditatt.*
12) Daß hierüber durch August keine allgemeine Verfügung er-

dürfen wir die Aeußerung des Gajus [13]) über einzelne Gesetze des Augusteischen Zeitalters, daß die Vollständigkeit ihres Inhalts manches zu wünschen übrig laße, nicht als entscheidend für die Frage ansehn, ob die gleichzeitigen Rechtsgelehrten bei der Abfaßung dieser Gesetzesentwürfe thätig gewesen seien. Wir sind demnach vornehmlich auf die Prüfung des Inhalts der einzelnen Leges gewiesen, und hier begegnen wir schon frühe, z. B. bei den aus der Lex Atinia erhaltenen Ausdrücken [14]), einem in Form und Inhalt genugsam ausgebildeten juristischen Material, so daß der unmittelbare Einfluß von Sachverständigen darauf nicht zu verkennen ist. Man entgegne nicht, daß die Lex Scribonia, welche die von den früheren Juristen befolgte zu weite Auslegung der Vorschrift des Zwölf Tafel Gesetzes über die Usucapion in Bezug auf die Servituten berichtigte [15]), und die Gesetze Sulla's über einzelne Verbrechen, welche der spätern Doctrin zum Stützpunkt mancher Folgerungen für allgemeine Lehren des Criminalrechts gedient haben, eher für die Unterordnung der Doctrin unter die Gesetzgebung, als für das von mir aufgestellte Verhältnis Zeugnis geben. Denn es konnten die bei der Abfaßung eines Volksgesetzes consultirten Juristen auch wol den, von den Lehrsätzen der Mehrzahl ihrer Zeitgenoßen abweichenden, subjectiven Ansichten Eingang verschaffen und diesen eine Ausdehnung geben, die sie ihnen, unter Voraussetzung der Unabänderlichkeit des bis dahin bestandenen positiven Rechts, vom Standpunkt der Doctrin aus selbst nicht eingeräumt haben würden.

Bei den Senatus Consulten spricht schon die bekannte Zusammensetzung des Senats-Collegiums, welches wol in

laßen, sondern nur der gefaßte Beschluß als ein factisches Regulativ für die Rechtspflege aufgestellt und befolgt worden sei, ist von Hugo a. a. O. S. 637 fg. behauptet worden.

13) *Inst. Comm.* III. §. 47. insf. §. 76.

14) A. Gellius *Noct. Att.* Lib. 17. c. 7. L. 215. D. *de V. S.*

15) v. Löhr Magaz. f. Rs. R. u. Gesgbg. Bd. 3. H. 4. S. 512. fg. und S. 3. des Umschlages.

allen Zeitaltern des römischen Staats ausgezeichnete Juristen unter seinen Mitgliedern zählte hinreichend für die Behauptung, daß die Beschlüsse von strengjuristischem Inhalt dem Einfluß der eigentlichen Sachverständigen nicht entzogen gewesen seyn können. Was aber die Edicta Perpetua der Magistratspersonen anbelangt, so sehe ich für den Beweis des genauen Zusammenhanges ihres Inhaltes mit den Resultaten der gleichzeitigen Doctrin keine erhebliche Schwierigkeit aus dem Einwande hervorgehn, daß wir für die Geschichte der einzelnen Magistrats Edicte nur dürftige Beiträge besitzen, von welchen überdem einige in Beziehung auf die Chronologie keinen Gewinn geben [16]. Die Ehre, einen Zusatz zum Edict mit seinem Namen bezeichnet zu sehn [17], wiederfuhr wol zunächst denjenigen Juristen, die als Beamte das Edict in eignem Namen aufgestellt hatten, und nicht den bei deßen Abfaßung blos consultirten Rechtsgelehrten. Ungleich belehrender für den Einfluß der Doctrin auf die Fortbildung des Jus Honorarium scheinen diejenigen Zeugniße zu seyn, nach welchen spätere Beamte die von ihren Vorgängern befolgten Bezeichnungen eines Begriffs veränderten, weil die fortschreitende Doctrin dieselben als ungenau oder entbehrlich dargestellt hatte [18]; ferner wo ein von den *veteribus Ictis* proponirter Zusatz zum Edict als überflüßig durch einen spätern Referenten verworfen wird [19]; wo Salvius Julianus [20], oder ein andrer der Redaction des Edicti Perpetui unter Hadrian nahe stehender Jurist [21], sich über die Zweckmäßigkeit oder Bedenklichkeit eines Satzes dieser Rechtsquelle umständlich äußert;

16) S. z. B. L. 5. §. 3. D. *de Carbon. Ed.* L 1. D. *de bon. libert.* L. 3. §. 12. D. *de itin. actuq. priv.* L. 1. §. 39. D. *de aqua quotid.*
17) Hugo a. a. O. S. 361. fg. vergl. des Verf. Beiträge. S. 41. not. 92.
18) L. 1. §. 1. D. *commod.* L. 1. D. *Quod met. c.* L. 4. §. 33. D. *de d. m. et met. exc.*
19) L. 4. pr. D. *de itin. actuq. priv.*
20) L. 26. §. 7. D. *ex qu. caus. maior.* L. 6. D. *de legat. praest.*
21) L. 10. D. *de collat. bonor.*

wo von diesen oder andern Berichterstattern Misdeutungen abgewehrt werden, die durch ältere Ausleger des Edicts begangen waren [22]), u. s. w.

Von den kaiserlichen Constitutionen weisen mindestens die Rescripte durch ihren Inhalt so entschieden auf die Rechtsdoctrin zurück, daß ein Zusammenhang mit dieser von den Literatoren nicht in Abrede gestellt werden konnte, obwol über den Umfang und Grund einer solchen Verbindung die Meinungen getheilt sind [23]). Diese Verschiedenheit der Ansichten darf indeß nicht befremden. Denn schon die claßischen römischen Juristen bemerken, daß die kaiserlichen Rescripte unter sich hinsichtlich der Ausführlichkeit ihres Inhaltes sehr abwichen [24]); diejenigen Referenten, welche Constitutionen von größerm Umfange mittheilen, geben meistens nur einen Auszug der wesentlichern Punkte; und die Compilatoren des Justinianischen Codex haben überdem gerade den Inhalt der aufgenommenen Rescripte gewaltsam verkürzt [25]), so daß uns verhältnißmäßig nur wenige von den ausführlichern Rescripten oder Decreten der frühern Kaiser geblieben sind, die sich über intereßante Rechtsfragen verbreiten, und zur Vergleichung der Motive ihrer Entscheidung mit den Resultaten der Doctrin genugsamen Stoff darbieten [26]). Ferner der Umstand, daß die Rescripte scheinbar so man-

22) L. 1. §. 1. D. *de iure fisci. Collat. LL. Mos. et R.* Tit. 2. §. 5. L. 15. §. 25. §. 26. D. *de iniur.* L. 2. vergl. L. 1. §. 2. D. *Quod falso tutore.*

23) G. A. Schulting *Diss. pro rescriptis Impp. Romanor.* §. 3. sqq. L. B. 1714. 4. Pet. Perrenon *Animadversion. et var. lection.* Lib. 1. c. 16. (in Otto's *Thes.* T. I. p. 612. sq.) Dav. Cappelen-Hunthum *De rescriptis Principp. R.* §. 6. (in Oelrich's *Thes. vetus Diss. Belgicar.* Vol. II. T. 3. p. 305. sq.) Zimmern Gesch. d. R. Priv. Rechts. Bd. 1. Abth. 1. S. 152. 154. fg. 204. Heidelb. 1826.

24) L. 1. §. 26. D. *de quaestion.*

25) Vergl. des Verf. Civil. Abhandlgg. Bd. 1. S. 208. fg. S. 226. fg. S. 236.

26) Zu diesen gehören z. B. L. 17. pr. D. *de iure patronat.* und L. fin. D. *de iure fisci.* Das in dem zuletzt genannten Fragment ent-

ches der Doctrin fremde Princip mittheilen, und sich der Meinung der Rechtsgelehrten öfters feindlich gegenüber stellen, so wie die Thatsache, daß die Räthe der Kaiser, die auf die Abfaßung der Constitutionen den nächsten Einfluß hatten, gewöhnlich aus den namhaftesten Juristen gewählt wurden, konnte den Zweifel erregen, daß das Anschließen der Concipienten der K. Rescripte an die Ansichten der bestehenden Doctrin mehr zufällig gewesen sei, indem jenen Juristen es nicht an der Freiheit gefehlt habe, sich nach Umständen auch der gesetzgeberischen Willkühr zu überlaßen [27]). Endlich wurde selbst von den gründlichern Literatoren das Intereße der vorliegenden Erörterung deshalb übersehn, weil sie vornehmlich das *Jus rescribendi* der römischen Kaiser gegen die Anfechtungen der Recht- und Zweckmäßigkeit desselben glaubten vertheidigen zu müßen: was namentlich dem trefflichen Schulting wiederfahren ist [28]).

Erwägen wir nun den in Frage stehenden Zusammenhang der kaiserlichen Constitutionen mit der Rechtsdoctrin zuvor blos im allgemeinen, so erzeugt der Einwand kein gegründetes Bedenken, daß unter der Voraussetzung eines innigen Verbandes zwischen kaiserlichen Rescripten und *Sententiis prudentum*, jenen Constitutionen neben den *Responsis iuris auctorum*, zumal seit Hadrian's Bestimmung über die Verbindungskraft der letztern [29]), schwerlich noch irgend ein practisches Intereße habe verbleiben können. Denn Hadrian's Einrichtung beseitigte ja, in dem Fall einer zwieträchtigen Entscheidung der Rechtsgelehrten, für die Partheien so wie für den Richter keineswegs das Bedürfnis, die Entscheidung des Zweifels dem Kaiser anheimzustellen, mochte dieser auch nur der einen unter den bestrittenen An-

haltene Original-Decret des Kaisers darf nicht mit dem eignen Text des referirenden Juristen vermengt werden.

27) S. Cappelen — Hunthum a. a. O.

28) a. a. O. §. 6. fgg.

29) Gajus *Inst. Comm.* I. §. 7.

sichten der Juristen in concreto den Vorzug zuerkennen. Um so begreiflicher wird es, daß den Rescripten der Kaiser nicht das verbindliche Ansehn allgemeiner Gesetze zugestanden ward, indem man den fördernden Einfluß der sich fortbildenden Doctrin auf die Praxis sicherstellen wollte; und wir werden daher auch gewahr, daß über den nehmlichen Rechtssatz, den frühere Kaiser durch ein Rescript festgestellt hatten, die Nachfolger derselben abweichend rescribirten, gestützt auf die gleichzeitige Doctrin, welche die Einzelheiten der Anwendung jenes Princips inzwischen genauer fixirt hatte [30]. Natürlich konnte aber nur eine lebendig fortschreitende Rechtsdoctrin diese befruchtende Einwirkung auf die Rescripte äußern; eine Einwirkung, die sie in gewißem Betracht von denselben zurückempfing, indem manches Schwanken in der Theorie durch wiederhohlte kaiserliche Entscheidungen einzelner practischer Fälle indirect beseitigt werden konnte. Hieraus folgt zunächst, daß von einem solchen unmittelbaren Einfluß der Doctrin bei den Constitutionen der spätern Kaiser nicht mehr die Rede seyn konnte; auch ist längst schon [31]) angedeutet worden, daß nicht nur mit Diocletian's und Maximian's Regierung die Anzahl der Rescripte sich vermindert habe, sondern daß auch die kaiserlichen Verordnungen über die Beschränkung der Rechtsanfragen an den Souverain zum Theil mit dem Verfall der Rechtsdoctrin zusammenhängen. Dabei darf uns denn die Bezugnahme nicht irre führen, die bei den spätern Kaisern, und namentlich bei Justinian in deßen Decisionen, auf die frühere Doctrin, und zum Theil auch auf die Gesetzauslegung der gleichzeitigen Rechtsgelehrten, hervortritt [32]). Das Citir-Gesetz Valentinian's

30) z. B. L. 10. pr. vergl. L. 7. §. fin. — L. 9. §. 2. D. *de pact.*

31) Schulting a. a. O. §. 3. Savigny a. a. O. Bd. 1 S. 6. fg. Zimmern a. a. O.

32) L. 27. *C. de donatt. int. V. et U.* L. 11. *C. de natural. liber.* L. 27. *C. de usur.* Die Formel: *antiqua interpretatione submota*, ist indeß nicht auf die gleichzeitige Doctrin zu beziehen, wie sowol

hatte nehmlich durch das Nebeneinanderstellen ungleichzeitiger Rechtsquellen die minder kundigen Ausleger verleitet, manches, was z. B. bei Gajus als controvers dargestellt war, auch als fortwährend bestritten im Zeitalter Papinian's und Ulpian's zu betrachten, obwol die in der Zwischenzeit fortgebildete Doctrin hier bereits vieles geebnet hatte. Parachronismen dieser Art sind in Justinian's Decisionen beinahe stehend geworden, und schwächen gar sehr die Brauchbarkeit dieser Quelle für die Geschichte der ältern Rechtsdoctrin [33]. Wenn übrigens bisher nur von den K. Rescripten gesprochen wurde, so ist dies aus keinem andern Grunde geschehn, als weil diese Claße der K. Constitutionen ihren Zusammenhang mit der Rechtsdoctrin am bestimmtesten hervortreten läßt. Es hat eben so wenig behauptet werden sollen, daß da wo diese Rescripte sich über nicht reinjuristische Gegenstände verbreiten, oder wo ein neues legislatorisches Princip in ihnen ausgesprochen ist, ihr Inhalt in gleichem Maaße als ein unmittelbares Resultat der Doctrin zu betrachten sei; als wie umgekehrt für andre Arten der K. Constitutionen, insbesondre für die Decrete, jener Einfluß der Doctrin ganz in Abrede gestellt werden konnte.

Nach diesen Vorbemerkungen dürfen wir, mit größerer Sicherheit gegen etwanige Misdeutung, zu den einzelnen historischen Argumenten übergehn, welche für die Verbindung der Rechtsdoctrin und der K. Constitutionen sprechen. Daß die römischen Juristen sich in ihren Entscheidungen ohne Bedenken von dem Inhalt eines K. Rescripts, ähnlich wie von der Autorität eines Responsums, entfernen, ist oft schon bemerkt worden [34], erscheint indeß für unsern Zweck eben so wenig folgenreich als die Wahrnehmung, daß bisweilen bei

aus dem Zusammenhange der L. 3. *C. de bon. libertor.* als auch aus der Vergleichung von L. 4. *C. de postum. hered. inst.* erhellt.

33) S. des Verf. Beiträge S. 11. — 13.

34) S. ebendas. S. 149. not. 75. a. a. E. Schulting a. a. O. §. 4. Hunthum a. a. O. §. 12. fgg.

der Anführung eines Rescripts noch als etwas Singuläres vom Referenten hinzugefügt wird: *eoque iure utimur* [35]. Die den Rescripten abgehende Gesetzeskraft erklärt diese Erscheinungen zur Genüge. Dagegen ist es ungleich entscheidender, daß die nehmlichen Juristen nicht nur einen Rechtssatz zuerst aus doctrinellen Gründen ableiten, und hinterher blos gelegentlich bemerken, daß auch das Ansehn einer K. Constitution dafür spreche [36]; daher sie auch wol an verschiednen Orten dasselbe Princip bald dieser bald jener Quelle überweisen [37]. Ferner die Gutachten der Rechtsgelehrten werden von den juristischen Claßikern, so wie von den Kaisern selbst, in mannichfaltigen Collectiv-Bezeichnungen [38], oder mit persönlicher Bezeichnung ihrer Verfaßer [39], neben den K. Constitutionen als Autoritäten einzelner Rechtsregeln genannt. Ja noch mehr, es wird dabei die Zeitfolge oft genug vernachläßigt, indem sowol neben dem Rescript eines frühern

35) Vgl. des Verf. Beiträge a. a. O.

36) z. B. mit den Worten: *ut est et constitutum; et ita Imp. pronuntiavit.* L. 5. §. 2. D. *commod.* L. 12. §. 9. D. *mandati.* L. 23. in f. L. 25. D. *pro soc.* L. 1. §. 14. D. *ad L. Falcid.*

37) Vgl. z. B. L. 11. §. 6. D. *de pign. act.* und §. 5. *J. Per qu. pers. vob. adquir.*

38) z. B. bei den Pandecten-Juristen mittels der Formeln: *Dictum et rescriptum*, (L. 7. §. 2. D. *de transact.*) *constitutum, vel rescriptum et responsum*, (L. 13. §. 7. D. *de h. qu. not. infam.* L. 7. §. 9. D. *de minor.* L. 6. §. 2. D. *de inoff. testam.* L. 6. pr. D. *de religios.*) *et relatum et rescriptum est*, (L. 2. §. 5. D. *ad municip.*) *placet et constitutum*, (L. 3. §. 1. D. *de minor.* L. 44. §. 2. D. *de excusationib.*) *constitutionibus et sententiis auctorum cavetur*, (L. 4. §. 14. D. *de d. m. et met. exc.*) Die Formulare, deren sich die R. Kaiser bedienen, sind mit den so eben genannten verwandt, und laßen sich nicht leicht auf feste Nummern bringen, um so weniger da einzelne Bezeichnungen, wie z. B. *placuit* ohne Beisatz, *ius constitutum, receptum* etc. verschiedene Organe des röm. Rechts begreifen. Am unzweideutigsten gehen auf die *auctoritas prudentum* die Ausdrücke: *responsum, prudentium opiniones* v. *placita, scita* v. *definitiones iuris conditorum.*

39) z. B. *scripsit, notat* etc. *Julianus*, v. *Papinianus, et est rescriptum*, v. *constitutum.* L. 13. pr D. *de pign. act.* L. 3. §. 1. D. *de S. C. Macedon.* L. 1. §. 15. D. *de tutel. et ration.* L. 15. D. *de mort. c. donatt.* L. 10. §. 1. D. *Quae in fraud. cred.* L. 4. D. *de quaestion.* L. 28. D. *de iure fisc.*

Kaisers das Responsum eines spätern Juristen genannt ist [40], als auch die Erscheinung sich darbietet, daß ein Satz auf ein K. Rescript gestützt wird, zu deßen Anerkennung und sorgfältiger Begründung die Ausführung eines, lange vor dem Verfaßer des Rescripts blühenden, Juristen beigebracht ist [41]: und dies geschieht nicht etwa von Justinian, sondern von den juristischen Claßikern selbst. Dazu kommt, daß das Entscheidungs-Princip, und bisweilen der vollständige Inhalt, zahlloser Rescripte die bloße Relation eines bekannten Lehrsatzes der gleichzeitigen oder früheren Rechtsdoctrin ausmacht, ja daß sogar einzelne Kaiser ihre Verfügungen ausdrücklich als Resultate dieser Doctrin bezeichnen [42], und daß sie bisweilen die Meinung eines namhaften, gleichzeitigen oder früheren, Rechtsgelehrten als die alleinige Grundlage ihrer Entscheidung hinstellen [43].

Bei so entscheidenden Argumenten, die den Zusammenhang der K. Constitutionen mit der Doctrin außer Zweifel setzen, sind die scheinbar widerstreitenden Thatsachen leicht zu beseitigen. Es wird sowol von den Kaisern selbst, als auch von den juristischen Claßikern bisweilen berichtet, daß der Streit der Rechtsgelehrten über eine zweifelhafte Rechtsfrage in einem K. Rescript entschieden [44], oder auch wol, der Ansicht sämtlicher Juristen entgegen, eine Ausnahme von einem bestehenden Principe durch den rescribirenden Kaiser zugelassen worden sei [45]. Von dem letztern ist vornehmlich da die

40) L. 6. pr. D. *de religios.*

41) L. 18. §. 3. vergl. §. 4. D. *fam. ercisc.* L. 2. L. 3. pr. L. 31. §. 7. D. *de donatt. int. V. et U.* L. 2. §. 8. D. *pro emt.*

42) Die Formulare dieser Bezeichnung findet man zusammengestellt bei Brissonius *de Formul.* Lib. 3. c. 31. c. 35.

43) Beispiele giebt P. Perrenon a. a. O.

44) Gajus *Inst. Comm.* I. §. 80. §. 102. *Fragm. Vatic.* §. 125. sqq. L. 15. §. 16. D. *de excusationib.* L. 51. pr. D. *de hered. inst.* L. 4. pr. D. *de L. commiss.* L. 1. in f. D. *de liber. exhib.* L. 9. C. *de inst. et subst.* L. 3. C. *de adqu. et retin. poss.*

45) L. 12. §. 1. D. *de tutor. et curat. dat.* L. 6. §. 4. D. *de pecul. leg.* L. 1. pr. D. *de inspic. ventre.* L. 1. C. *de h. qu. sibi adscrib. in testam.*

Rede, wo in einem einzelnen Fall die Strenge des Rechts unanwendbar erschien, aus Gründen der Billigkeit oder der Politik [46]): und diese Gegenstände entzogen sich natürlich der Einwirkung der Rechtsgelehrten. Bei den Fällen der zuerst genannten Art dagegen streitet schon die Vermuthung dafür, daß der Verfaßer des Rescripts irgend einer, wenn auch noch so sehr in der Minderzahl befangenen, Parthei unter den gleichzeitigen Juristen beigetreten sei: auch wird man die Beläge dafür, wenn gleich nur in leisen Andeutungen [47]), in den Zeugnißen der Quellen nicht vermißen, insofern man nur von der Voraussetzung abstrahirt, daß dergleichen Entscheidungen von den mit den Pandecten-Juristen gleichzeitigen Kaisern es vorzugsweis mit den Controversen der juristischen Secten zu thun gehabt haben, und daß sämmtliche Rechtsgelehrte jener Periode nothwendig einer dieser Schulen zugetheilt gewesen seien [48]).

Das Intereße der bis hieher characterisirten **indirecten** Zeugniße für die Geschichte der R. Rechtsdoctrin wird wol nicht durch das Zugeständnis entkräftet, daß wir aus dem Vorkommen eines doctrinellen Satzes in einzelnen Magistrats-Edicten, oder K. Constitutionen u. s. w. zwar schließen können, es sei zur Zeit der Abfaßung dieser Rechtsquelle die Wißenschaft mit dem in Frage stehenden Principe einverstanden gewesen, nicht aber eine schon früher erfolgte Anerkennung desselben geradezu in Abrede stellen dürfen. Denn auch die Nachrichten, welche wir den Mittheilungen der juri-

46) **Gajus** a. a. O. L. 86. pr. D. *de adqu. v. omitt. hered.* L. 14. §. 1. D. *de alim. v. cibar. leg.* L. 8. §. 1. D. *de fideiuss. et nom.* Andre Beispiele S. bei **Schulting** a. a. O. §. 8.

47) z. B. in L. 2. §. 2. D. *de condict. ob. turp. c.*, wo allerdings die Entscheidung des Kaisers in Opposition gegen die ältere Doctrin gestellt, zugleich aber (durch die Worte: *sed hic quoque crimen contrahit; iudicem enim corrumpere videtur.*) zu erkennen gegeben wird, daß die Rechtslehrer zur Zeit der Abfaßung dieses Rescripts sich von jener frühern Ansicht bereits losgesagt hatten.

48) S. oben not. 2.

stischen Claßiker über das Alter einzelner Rechtstheorieen verdanken, unterliegen einer ähnlichen Ausstellung, wie aus der jetzt einzuleitenden Prüfung dieses Hülfsmittels des historischen Rechtsstudiums hervorgehn wird.

Was an einem andern Orte[49]) über die Vernachläßigung des Studiums der älteren Juristen-Werke im Zeitalter der claßischen Rechtsgelehrten bemerkt wurde, ist hier in Erinnerung zu bringen, und soll zwar keineswegs die historische Treue der bei jenen Referenten wirklich anzutreffenden Zeugniße über den Ursprung einzelner Rechtssätze verdächtig machen, wol aber mit der scheinbaren geringen Reichhaltigkeit solcher Berichte zu versöhnen suchen. Wir können uns nehmlich nicht verbergen, daß die Verleihung des *Ius respondendi* an einzelne Juristen seit dem Beginne der Kaiserregierung, und die Verfügung Hadrians über das practische Ansehn der *Responsa iurisprudentum*, so wie sie der gleichzeitigen Doctrin ein entscheidendes Uebergewicht über die wißenschaftlichen Bestrebungen der früheren Zeit zuwendeten, zugleich die Veranlaßung hergegeben haben, daß die Juristen fortan bei der Nachweisung von Autoritäten für practische oder theoretische Sätze weniger darauf bedacht seyn konnten, die ganze Reihenfolge der einzelnen Vertheidiger derselben vorzuführen, und vielmehr darauf ausgehn mußten, sich um die Ermittelung möglichst umfaßender Collectiv-Bezeichnungen zu bemühen. Dies hat allerdings der Vollständigkeit ihrer historischen Nachweisungen mannichfach Eintrag gethan, indeß läßt wiederum die Genauigkeit jener Collectiv-Bezeichnungen manchen Rückschluß auf die frühere Zeit zu, gleichwie der Umstand, daß jene claßischen Berichterstatter selbst verschiedenen Zeitaltern angehört haben, es erklärt, wie verhältnismäßig noch genug Namen von Individuen vorkom-

49) Vergl. des Verf. Beiträge. S. 4—13. S. 120 fgg. und dessen Versuche S. 203—233.

men, denen gewisse Rechtssätze, wenn auch nicht ihre erste Begründung, so doch ihre Fortbildung zu verdanken haben.

Faßen wir nun zunächst die Berichte der römischen juristischen Claßiker über die wißenschaftliche Ausbildung einzelner Rechtsregeln von Seiten ihrer Form auf, so bietet sich uns sofort ein sehr fühlbarer Gegensatz dar zwischen der directen und indirecten Bezeichnung der Person des Begründers irgend einer Ansicht: zugleich überzeugen wir uns aber auch, daß diese Bezeichnungsarten sich nur zu oft, und zwar vornehmlich durch die Vermittelung der zuvor berührten Collectiv-Benennungen, einander durchkreuzen. Zu den directen Bezeichnungen gehören unfehlbar vor allen die Collectiv-Benennungen: *veteres Icti*, und *iuris auctores v. conditores*, welche in dem Munde der Pandecten-Juristen einen sehr bestimmten affirmativen Sinn geben, indem der zuerst genannte Ausdruck ausschließlich den Rechtsgelehrten vor August, der andre aber den seit der Regierung dieses Kaisers mit dem *Ius respondendi* ausgestatteten Juristen beigelegt wird [50]. Die Namhaftmachung von Individuen, als Gewährsmännern einer Ansicht, kommt in directer Bezeichnung bei sehr verschiedenartiger Veranlassung und in sehr abwechselnder Form vor [51]; namentlich auch als bloße Copie der Nachricht eines anderen Referenten [52]. Wir müßen aber hierbei sorgfältig unterscheiden, ob dem genannten Individuum blos die erste Aufstellung,

50) S. des Verf. Beiträge. S. 159 — 188.

51) z. B. *Qu. Mucius etc. primus admisit, constituit, induxit, auctoritate eius factum est* etc. L. 4. §. 1. D. *de usu et habitat.* L. 76. §. 1. D. *de furt.* L. 29. pr. D. *de liber. et posthum.* vergl. L. 33. §. 1. D. *de vulg. et pup. subst.* L. 127. D. *de legat. I.* L. fin. D. *de legationib.*

52) z. B. *Sabinum* etc. *respondisse Cassius retulit et sibi placere.* (L. 4. pr. D. *de servitutib.* L. 3. §. 7. §. 8. D. *de condict. caus. dat.* L. 14. pr. D. *de iure codicill.*) oder: *ait Celsus* etc. *Servium etc. constituisse, v. respondisse.* (L. 3. §. 4. L. 4. pr. D. *de tutel.* L. 13. in f. D. *de hered. inst.* L. 31. D. *de usu et usufr. leg.*)

oder die spätere Motivirung und Begründung eines Rechtssatzes beigelegt wird, und ob nicht vielleicht der Berichterstatter aus den Prämißen seines Autors Folgerungen gezogen hat, die diesem nicht unbedingt angerechnet werden können. Die Form der gewählten Ausdrücke entscheidet nicht überall; denn obwol *disputare* und *plenius tractare* 53) vorzugsweise bei der umständlichen Begründung eines Satzes gebraucht werden, so kann man doch nicht ein gleiches von der oft wiederkehrenden Bezeichnung *probare* sagen, die freilich bisweilen als Gegensatz einer bloßen unmotivirten Behauptung dasteht, ungleich häufiger aber in einer Bedeutung angetroffen wird, welche auf keine umständliche Argumentation zurückweist, und den simplen Beitritt zu einer fremden Meinung zu erkennen giebt 54). Auf jeden Fall berechtigt der Umstand, wenn ein späterer Jurist blos einzelne der ältern Juristen als Proponenten einer Ansicht anführt, noch nicht zu der Folgerung, daß dieselbe ihre Begründung erst durch die Bemühungen der späteren Rechtsgelehrten erlangt habe 55). Ungleich zuverläßiger wird der Inhalt des einzelnen Berichts uns belehren, und zum Theil auch die Form des Werkes zu beachten seyn, in welchem der Referent sich ausgesprochen hat; namentlich leidet dies bei denjenigen Schriften Anwendung, welche ihrem Plan zufolge die Lehrmeinungen eines anderen Rechtsgelehrten umständlich commentirten, oder mit kurzen Noten versahen.

Unter den indirecten Bezeichnungen der Person des Begründers, oder der Zeit der Begründung, eines einzelnen Rechtssatzes kommen vornehmlich diejenigen Bezeichnungen zur Sprache, welche, neben einem ausdrücklich genannten Juristen der späteren Zeit, die früheren Vertheidiger ei-

53). Brissonius *de V. S.* h. v.

54). L. 11. §. 3. D. *de donatt. int. V. et U.* L. 27. §. 3. L. 30. pr. D. *de pecul.* L. 8. §. 5. D. *si servit. vindic.*

55). Vergl. z. B. L. 8. und L. 10. D. *de verbor. oblig.*

nes Satzes nur im allgemeinen andeuten [56]); ferner die zahlreichen Collectiv-Benennungen, die das Verhältnis einer Meinung zu der Doctrin und Praxis im Zeitalter des Referenten bekunden. Es bedarf keines umständlichen Beweises, welchen Gewinn die Geschichte der R. Rechtsdoctrin aus den so unscheinbaren Angaben zu ziehn vermag, daß ein älterer Jurist eine bestimmte Lehrmeinung als zu seiner Zeit allgemein angenommen, oder umgekehrt als bestritten, characterisirt habe [57]). Vorzugsweis intereßant sind aber hier die Berichte des Gajus; nicht blos da, wo er etwas als ein, schon in der Vorzeit befestigtes, Resultat der Doctrin hingestellt hat [58]), sondern auch wo er blos den Standpunkt der Doctrin oder Praxis in seinen Tagen bezeichnet, indem uns dies nicht selten zur belehrenden Vergleichung dient mit den Aeußerungen späterer Berichterstatter über die Veränderungen des nehmlichen Princips nach der Gestaltung der Sache in ihren Tagen [59]). Man muß freilich hierbei die, weiter unten (not. 65. fgg. not. 86) noch näher zu beleuchtenden, Andeutungen des Fortschreitens der Doctrin in den verschiedenen Zeitabschnitten der R. Rechtsgeschichte nicht außer Augen laßen, und darf keinen Widerspruch darin gewahr werden, daß

56). z. B. *Plerique et Pegasus* etc. *quidam et Nerva* etc. *Collat. LL. Mos. et Rom.* Tit. XII. §. 7. S. des Verf. Beiträge, S. 35. not. 81.

57). z. B. *Sabinus scripsit, hanc interpretationem obtinere.* (L. 45. D. *de legat. III.*) *quo iure nos uti Pomponius etc. scribit,* (L. 37. §. 1. D. *de procur.* L. 11. pr. D. *de hered. pet.* L. 56. in f. D. *de eviction.* L. 68. pr. D. *ad L. Falcid.* L. 6. D. *de vi et vi arm.*) *Proculus indicat, hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset;* (L. 26. §. 1. D. *de adqu. rer. dom.*) *Sabinus scribit, — quam sententiam quotidie increscere et invalescere videmus.* (L. 12. §. 27. D. *de instr. v. instr. leg.*)

58). z. B. mit den Worten: *dudum* (oder *olim*) *placuit. Comm.* II. §. 178. *Comm.* III. §. 16. §. 180. §. 189. §. 196. *Comm.* IV. §. 133. vergl. L. 4. D. *de captiv. et postlim.*

59). z. B. Gajus *Inst. Comm.* I. §. 4. vergl. L. 9. D. *de Legib.* Gajus *Comm.* II. §. 117. vergl. Ulpian. *Fragm.* Tit. 21. §. 1. Gajus *Comm.* II. §. 51. vergl. A. Gellius *Noct. Attic.* Lib. 11. c. 18. Gajus *Comm.* II. §. 215. §. 217. vergl. Ulpian v. a. O. Tit. 24. §. 7. sqq.

die von einem ältern Referenten als allgemein geltend bezeichnete Rechtsregel bisweilen von einem spätern Berichterstatter, nur noch der Minderzahl seiner Zeitgenoßen beigelegt wird wovon unten (not. 87.) bei den Parömieen zu sprechen seyn wird; eben so wenig darin, daß zu Zeiten derselbe Jurist den nehmlichen Rechtssatz auf das Anerkenntnis aller Rechtsgelehrten stützt, bald aber wiederum auf die Autorität eines einzelnen Gewährsmannes zurückgeführt hat [60]. Ferner, die gangbaren Kunstausdrücke der Pandecten-Juristen täuschen hier nicht, sobald man deren Eigenthümlichkeit richtig auffaßt, und scheinbare Ausnahmen von der regelmäßigen Bedeutung nicht mit den wirklichen vermengt. So z. B. hat die Bezeichnung: *relatum*, eine stets sich gleichbleibende Beziehung auf die Nachweisung gelehrter Autoritäten, mögen diese unter sich einhellig erscheinen, oder nicht [61]; während dagegen der Ausdruck: *receptum*, lediglich die übereinstimmend anerkannten, und in der Praxis befolgten, Lehrsätze begreift. [62]. Indeß damit ist es sehr wohl vereinbar, daß die fortschreitende Doctrin einen durch die Praxis sanctionirten Satz

60). L. 1. §. 25. D. *de vi et vi arm.*

61) L. 1. §. 1 D. *de Senatorib.* L. 23. in f. D. *de adqu. rer. dom.* L. 3. pr. D. *de iniur,* L. 9. D. *de castr. pecul.* L. 78. §. 6. D. *de legat. III.* L. 2. §. 5. L. 5. D. *ad municip.* L. 2. §. 2. D. *de condict. ob turp. c.* L. 1. §. 3. D. *de aleator.* L. 1. §. 6. §. 20. L. 2. §. 4. §. 6. L. 3. pr. D. *de aqua et aqu. pluv.* Der Mangel einer zweckmäßigen *relatio* bei ihren Gewährsmännern wird von den späteren Juristen oft nachdrücklich gerügt, und es scheint darauf auch die folgende Aeußerung gerichtet zu seyn: *Fragm. Vatic.* §. 321. *Quamquam Papinianus — dicat; quod nescio ubi legerit.*

62) Diese Bedeutung von *recipere* erhellet vornehmlich aus den Zusammenstellungen dieses Ausdrucks mit andern unzweideutigen Bezeichnungen: z. B. *receptum est eoque iure utimur,* (L. 14. D. *de iurisdict.* L. 34. pr. D. *mand.*) *vulgo receptum est,* (L. 2 D. *de usur.*) *usu receptum,* (Ulpian *Fr.* Tit. 25. §. 3.) *iure civili,* oder *ab omnibus, receptum est.* (L. 24 D. *de cond. et dem.* L. 11. § 8. D. *de act. emt. vend.*) Vergl. Jac. Rävardus *de auctoritate prudentum.* c. 15. (in. *Opp.* T. II. p. 1037. sq. Francof. 1601. 8.), und Brissonius a. a. O. v. *Recipere.* §. 6. Uebrigens kommt, in Folge der bekannten Verwechslung der Präpositionen bei den Zeitwörtern, (vergl. des Verf. Beiträge. S. 275. fg.) *recipere* auch für *accipere*, oder *interpretari*, vor, (L. 29. vgl. L. 32. L. 57. D. *de cond. et dem.*) u. umgek. *accipere* in der Bedeutung von *recipere* (L. 243. C. *de V. S.*)

ganz oder theilweis anfechten, und daß der Berichterstatter die, für deßen Anwendung zu wünschenden, Beschränkungen also bezeichnen konnte: *potest illa sententia ita recipi* etc. [63]).

Prüft man den Inhalt von den Berichten der juristischen Claßiker, so wird man gewahr, daß einige Referenten sich begnügen, den Ursprung eines einzelnen Rechtssatzes mehr oder minder genau anzudeuten, während andre die succeßive Umgestaltung nicht unerwähnt laßen, welche derselbe während des Fortschreitens der Doctrin erfahren hat. In der zuletzt genannten Beziehung wechseln die Berichterstatter in der Form des Ausdruckes gar sehr. Bisweilen wird der Gegensatz einer ältern und neuern Theorie ohne Bezugnahme auf die Persönlichkeit ihrer Begründer beschrieben; [64]) bisweilen werden als die Vertheidiger der ältern Ansicht die *Veteres* genannt, und ihnen als Verfechter der neuern Theorie entweder einzelne Juristen [65]), oder die *iuris auctores* im allgemeinen [66]), oder eine gar nicht näher bezeichnete Parthei [67]) gegenübergestellt. Dann sehen wir auch wiederum eine frühere Ansicht einzelnen Juristen in den Mund gelegt, während wir die Nachricht von einer Abweichung der spätern Doctrin bald nur aus dem Zusammenhange der Darstellung entnehmen können [68]), bald aber auch von dem Referenten

63) Dies geht namentlich hervor aus L. 115. §. 2. D. *de verbor. oblig.*, wo indeß der, in einigen Ausgaben als verdächtig im Texte bezeichnete, Eigennamen *Mucius* als ein unächter Zusatz ganz getilgt werden muß. Vergl. auch. L. 95. §. 7. D. *de solution.*

64) z B. *olim placuit. — nunc placet;* oder *quaesitum est, — iamdudum tamen placuit,* v. *nunc placet.* v. *iam non dubitatur.* Gajus *Inst. Comm.* I. §. 4. §. 236. *Comm.* II. § 178. §. 288. *Comm* III. §. 16. §. 196. sq.

65) L. 10. §. 3 D. *de usu et habit.* L. 1. §. 9. D. *ad L. Falcid.* L. 140. §. 1. D. *de verbor. obligatt.*

66) L. 39. D. *de act. emti. vend.* Vergl. des Verf. Beiträge S. 173. fgg..

67) Gajus *Inst. Comm.* III. §. 196. sq. *Collat. LL. Mos. et R.* Tit. 15. §. 2. L. 53. §. 2. D. *de V. S.* L. 50 §. 1. — 3. D. *de furt. L.* 1. §. 16. D. *de adqu v. amitt. poss.* L. 4 pr. D. *de itin. actuq. priv.* L. 5. §. 6. §. 9. §. 11. D. *commod.*

ausdrücklich vermerkt seyn 69). Ueberhaupt fehlt es auch hier keinesweges an bloßen indirecten Bezeichnungen eines erfolgten Vorschreitens in der Bildung doctrineller Sätze. So ist es z. B. in der Regel wol nicht von Erheblichkeit, in welcher Ordnung die gleichzeitigen Gewährsmänner einer Ansicht von dem Referenten aufgeführt sind, obwol auch hier Fälle vorkommen, wo der eine Zeitgenoße das nehmliche Princip ungleich beßer begründet hat als der andre 70); allein bei citirten ungleichzeitigen Vertheidigern der nehmlichen Theorie ist die Reihenfolge, nach welcher sie bei einem spätern Berichterstatter genannt sind, alsdann nicht gleichgültig, wenn sie unter sich hinsichtlich der Begrenzung des in Frage stehenden Rechtssatzes abweichen, und der früher erwähnte als allgemein affirmirend, der später citirte als zweifelnd bezeichnet wird, oder umgekehrt 71), und wol gar ein dritter zu der unbedingten Affirmation oder Negation des ersten Begründers der Theorie zurückgekehrt ist 72). Auch ist das Studium der Fragmente aus den zahlreichen *Commentariis* oder *Notis* der Pandecten-Juristen über einen andern Autor hier von unleugbarem Intereße, obwohl die Ableitung von Resultaten für die Geschichte der fortschreitenden Ausbildung einzelner theoretischer oder practischer Sätze besondre Vorsicht erheischt. Denn wenn der Verfaßer des Commentars eine von der Lehrmeinung des commentirten Autors abweichende Ansicht vorträgt, so berechtigt uns dies noch nicht geradezu,

68) Gajus *Inst. Comm.* II. §. 218. *Comm.* III. §. 184.

69) Ebendas. *Comm.* II. §. 51. *Comm.* III. §. 71. § 147. §. 149 § 179. L. 1 §. 12. D. *Si quis om. caus. testam.* L. 1. §. 18. D. *de aqua quot.* L. 29. §. 1. D. *de statuliber.*

70) L. 8. vergl. L. 7. §. 2. D. *de damno infect.*

71) Vergl. L. 9. D. *de sponsal.* L. 28. D. *de adqu. rer. dom.* L. 59. pr. L. 69. D. *de hered. inst.* L. 29. L. 100. D. *de legat.* III. L. 7. pr. D. *de trit. vino oleo.* L. 6. §. 1. *de cond. et dem.* L. 5. §. 8. §. 9. L. 7. §. 4. D. *Quod vi a. cl.*

72) *Fragm. Vatic.* §. 1. L. 17. §. 1. D. *de hered. inst.* L. 11. D. *de iure deliber.* L. 5. §. 1. D. *de legat.* I. L. 4. D. *de instr. v. instrum.* L. 32. §. 1. D. *de auro arg.*

eine succeßive Reform des in Frage stehenden Princips durch die spätere Doctrin anzunehmen, sondern man unterscheide den Ausdruck einer abweichenden blos subjectiven Ueberzeugung und die Relation einer allgemein anerkannten, oder wenigstens durch einzelne namhafte Autoren belegten, Differenz [73]. Es bedarf endlich wol kaum der Bemerkung, daß mit einer wirklichen Fortbildung doctrineller Sätze genau genommen der Fall nichts gemein hat, wenn ein späterer Jurist einem Principe eine Ausdehnung vindicirt, welche schon der erste Begründer desselben anerkannt hatte, so daß der Referent deßen Ansicht nicht so wol berichtigt, als nur gegen vorgekommene Misdeutungen vertheidigt [74]; eben so wenig wie die Stellen hieher gehören, in denen einem Juristen schuldgegeben wird, er habe die nehmliche Rechtsfrage bei verschiedenen Veranlaßungen abweichend entschieden [75].

Von den Mittheilungen der juristischen Claßiker zur Geschichte der R. Rechtsdoctrin verdienen auch noch die juristischen Sprüchwörter und Rechtsregeln besonders benutzt zu werden. Daß Hugo a. a. O. S. 308. fg. S. 385. fgg. S. 707. zuerst die Aufmerksamkeit auf dieselben hingeleitet habe [76], kann nicht füglich zugestanden werden. Schon Hotomanus [77]) und Rävardus [78]), welche gleich Hugo, den Begriff der

73) S. z. B. *Fragm. Vatic.* §.87. L. 11. §.7. D. *de iniur* L. 43. §1. D. *de furt.*

74) L. 25. D. *Qui testam. fac. poss.* L. 3. §. 6. D. *de penu leg.* L. 3. pr. D. *de contrar. tutel.*

75) Vergl. z. B. L. 25. pr. D. *de liber. et post.* L. 16. D. *de dote praeleg.* Im entgegengesetzten Fall wird auch wol ausdrücklich vermerkt, ein Rechtsgelehrter sei seiner einmal verfochtenen Ansicht überall treu geblieben. L. 6. D. *de condict. ob. turp. caus.* L. 64. D. *de hered. inst.* L. 12. D. *de mort. c. donatt.* L. 5. §. 6. D *de legat. praest.* L. 12. §. 2. D. *de furt.* L. 4 §. 26. D. *de. d m. et met. exc.* L. 92. pr. D. *de cond. et dem.*

76) Vergl. Falck's jurist. Encyclopäd. §. 89. not. 102. S. 166. der 2ten Auflage.

77) In den *Observatt.* Lib. 2. c. 18. (*Opp.* T. II. p. 54. *sq.* Gener. 1599. F.

78) a. a. O. und in dem Eingange zu seinem *Comm. ad Tit.* D. *de R. I.* (*Opp.* T. I. p., 125. sq.)

Rechtsparömieen von dem der *Regulae iuris* nicht trennen, gedenken derselben, und wenn Haubold[79]) unter den Versuchen zur Herstellung des Prätorischen Edicts auch die Ausgaben der Justinianischen Pandecten genannt hat, welche zuerst die *verba Edicti* durch ausgezeichneten Druck hervorgehoben haben, so kann etwas ähnliches wol auch von denjenigen Editoren des *Corpus iuris civ.* gelten, die den Rechtsregeln und Sentenzen der Pandecten-Juristen eine gleiche Auszeichnung zugestanden. Dazu kommt, daß schon in des J. Gothofredus *Manuale iuris* das *Florilegium rotundiorum iuris sententiarum* einen eignen Abschnitt von nicht unerheblichem Umfang bildet. Auf jeden Fall hat Hugo das Intereße dieser Rechtsregeln für die Chronologie der juristischen Doctrin nicht genugsam bemerkbar gemacht. Wie man auch immerhin über die Identität der eigentlichen Rechtssprüchwörter und der *Regulae iuris* urtheilen mag, so bleibt es unbestreitbar, daß beide Gattungen von Sentenzen in den römischen Rechtsquellen sich durchkreuzen, und daß beide in genauem Verbande mit der Doctrin gestanden haben müßen. Denn dieser Annahme widerstreitet es nicht, daß einige von denselben sich dem Inhalt einer einzelnen Lex anschließen[79a]). Das Alter der einzelnen Rechtsregeln läßt sich aber nicht allein nach der Vergleichung mit dem Zeitalter des Berichterstatters ungefähr bestimmen, sondern es fehlt bei mehreren derselben nicht an einer sehr directen Bezeichnung ihres Ursprunges. Einige von ihnen werden auf die auctoritas eines einzelnen namhaften Juristen zurückgeführt[80]), andre dagegen aus der Periode der vor August blühenden Juristen (der *Veteres*) abgeleitet[81]). Auch von der succeßiven Fortbildung der Rechts-

79) In Hugo's Civil. Magaz. Bd. 2. S. 293. IIte Auflage

79a) Vergl. Gajus *Inst. Comm.* IV. §. 104. L. 71. pr. D. *de fideiuss.* S. des Verf. Beiträge. S. 265. not. 22.

80) L. 1. §. 3. D. *de pact.* L. 4. pr. vergl. L. 3. §. 4. D. *de tutel.* L. 7. §. 4. D. *de exc. rei iud.* L. 1. §. 25. D. *de vi et vi arm.*

81) Gajus *Inst. Comm.* III. §. 180. *Collat. LL. Mos. et R.*

regeln in Folge der Entwickelung der Doctrin haben sich unzweideutige Spuren erhalten. Ich will hier nicht des Einflusses gedenken, den die Umgestaltung der *usucapio pro herede* unter Hadrian 82) auf den Satz: *Res hereditarias, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis esse* 83), so wie auf die Verallgemeinerung des Princips erlangen mußte: *Hereditatem iacentem personam defuncti sustinere* 84). Ich beschränke mich auf die directen Bescheinigungen der juristischen Classiker über die später erfolgten Modificationen einer alten Rechtsregel. Dahin gehören nicht sowol die Aeußerungen, welche nur bestimmt sind, durch eine richtige Interpretation den eigentlichen ursprünglichen Sinn einer Rechtsregel zugänglich zu machen 85), sondern vielmehr diejenigen Stellen, welche bekunden, daß eine Beschränkung des Umfanges in einer früher zu weit begrenzten Rechtsregel durch die spätere Doctrin für nöthig erachtet sei 86). Ueber die Nothwendigkeit einer solchen Beschränkung konnte aber die Mehrzahl der Rechtsgelehrten eines spätern Zeitalters

Tit. 15. §. 2. L. 39. D. *de pact.* L. 32. pr. D. *de hered. inst.* L. 3. §. 18. §. 19. L. 19. §. 1. D. *de adqu. v. am. poss.* L. 91. §. 3. D. *de verb. oblig.*

82) Gajus ebendas. *Comm.* II. §. 52.—58.

83) L. 1. pr. D. *de rer. divis.*

84) Nur die Bemerkung mag hier noch eine Stelle finden, daß die oft verlachte Aeußerung Seneca's *de benefic.* Lib. 6. c. 5. (vergl. Brissonius *de V. S.* v. *Hereditas.* in f.) er könne den Unterschied nicht ergründen, den die Juristen zwischen *hereditas* und *res hereditarias* machen, uns belehren sollte, wie schon im Zeitalter Nero's die Rechtsdoctrin sich von der Unzuläßigkeit der Anwendung der *usucapio* auf eine *hereditas* als solche überzeugt hatte, und durch jene Unterscheidung der Gesetzgebung vorarbeitete, die erst unter Hadrian die *usucapio pro herede* direct beschränkte.

85) Gajus a. a. O. *Comm.* II. §. 49. vergl. §. 61. §. 70. *Comm.* III. §. 180. *Comm.* IV. §. 104. §. 114. §. 153. L. 7. §. 5. D. *de pact.* L. 91. §. 3. D. *de verb. oblig.* L. 5. pr. D. *de impens. in res dot.* L. 4. pr. D. *de tutel.* L. 19. §. 1. vergl. L. 3. §. 19. D. *de adq. v. am. poss.*

86) L. 17. D. *de pact. dot.* vergl L. 1. §. 1. D. *de dote praeleg.* L. 18. L. 41. §. 2. D. *de furt.* L. 3. D. *Quando ex facto tut.* L. 14. §. 1. D. *de liber. et post.* L. 87.—L. 89. D. *de cond. et dem.* L. 45. D. *de manum. testam.* L. 11. D. *pro emt.*

einverstanden seyn, obwol einzelne Juristen noch dem alten Principe in deßen voller Ungebundenheit anhängen mochten; und von einem solchen Fall ist der scheinbare Widerspruch zu deuten, daß der nehmliche Referent einen Satz bald als ein *vulgare dictum*, und bald als die Theorie einiger wenigen *existimantes* characterisirt [87]).

Die genauere Durchforschung des Inhaltes aller bis hieher berührten claßischen Berichte scheint von selbst auf die Darlegung der Resultate zu führen, welche sich aus diesen Quellen für die Geschichte der römischen Rechtsdoctrin ableiten laßen. Indeß ein solches Unternehmen ist es wohl werth, daß ein größeres Talent sich desselben bemächtige. Nur die folgenden allgemeinen Betrachtungen mögen hier eine Stelle finden, indem durch sie zugleich einige Hauptpunkte für die Richtung einer künftigen zusammenhängenden Erörterung dieses Gegenstandes bezeichnet werden.

Was den Umfang der anzustellenden Untersuchung und der zu erwartenden Ausbeute anbelangt, so kann natürlich von einer Beschränkung auf das Privatrecht die Rede nicht seyn, und selbst das Jus Gentium wird in den Bereich solcher Erörterungen gezogen werden müßen. Indem ich aber glaube annehmen zu dürfen, daß auch das öffentliche Recht der Römer unverkennbare Spuren einer Einwirkung der sich fortbildenden Doctrin aufzuweisen habe, bin ich weit entfernt, die bloßen Berichte der juristischen Claßiker über Institute des alten R. Staatsrechts, und deren mehr oder minder eigenthümliche Deutung, zum Beweise anführen zu wollen. Denn wenn auch zugegeben werden mag, daß sich hier bei den Pandecten-Juristen eine gewiße Tradition und eine Art von Dogma gebildet hatte [88]), so lag dies doch eben außerhalb ihrer Rechtsdoctrin, und wurde von dem lebendigen Fortgange derselben nicht berührt. Es gehören vielmehr die Beispiele hieher, wo

87) L. 1. §. 25. D. *de vi et vi arm.* L. 98. pr. D. *de verb. obl.*
88) S. des Verf. Versuche S. 203—233.

bestehende öffentliche Einrichtungen, mit Bezugnahme auf einzelne geschichtliche Vorfälle [89]) oder auch ohne eine solche, als Gegenstände wissenschaftlicher Erörterung, und als einer juristischen Entscheidung bedürftig, dargestellt werden. Dies gilt von den nachbenannten, als mehr oder minder bestreitbar und bestritten charakterisirten, Rechtsfragen. Ob die Beschlüße des R. Senates als Ausflüße einer rechtmäßigen gesetzgebenden Gewalt anzusehn seien [90])? Ob Beamte des Staates, oder einer Stadt, Befreiungen von bestehenden öffentlichen Vorschriften zu bewilligen vermögen [91])? Ob körperliche Gebrechen von der Uebernahme eines Staatsamtes ausschließen [92]), und inwieweit die, von einem zur Magistratur beförderten unfähigen Subject vollzogenen öffentlichen Handlungen verbindliches Ansehn genießen [93])? Inwiefern ein wirklicher Beamter in eignen Angelegenheiten Acte der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit bei sich selbst, oder bei einem Collegen, vollziehen dürfe [94])? Ob die allgemeinen Regeln des Mandates Anwendung leiden auf die *delegata iurisdictio* [95])? Inwieweit die in feindlicher Gefangenschaft geleisteten Zusagen verbindlich seien [96]) und wie die Rechtsfähigkeit eines *civis R. hosti deditus nec receptus* beurtheilt werden müße [97])? Welchen Gerichtsstand die *Legati civitatum* genießen [98])?

89) Vergl. darüber Freiesleben a. a. O. S. 38 fgg.

90) Gajus a. a. O. *Comm.* I. §. 4. L. 9. *D. de Legib.* Zimmern a. a. O. S. 77.

91) L. 3. §. 4. L. 5. §. 4. *D. Quod vi a. cl.* Vergl. des Verf. Civilist. Abhdlgg. Bd. 1. S. 271. S. 307 fg.

92) L. 1. §. 5. *D. de postul.* L. 2. *D. de Senatorib.*

93) L. 3. *D. de off. Praetor.*

94) L. 4. *D. de adopt.* L. 1. §. 1. *D. de off. Consul.* L. 1. L. 2. *D. de off. Praetor.* L. 1. L. 5. L. 8. L. 17. L, 18. *D. de manum. vind.* L. 14. pr. *D. de manum.*

95) L. 6. L. 16. L. 17. *D. de iurisd.* L. 2. §. 1. L. 3. L. 4. §. 6. — L. 6. §. 2. L. 10. §. 1. — L. 15 *D. de off. Procons. et Leg.*

96) L. 21. pr. *D. de neg. gest.* L. 5. §. 3. *D. de captiv.*

97) L. 4. D. ib. L. fin. *D. de legationib.*

98) L. 2. §. 3. sqq. L. 5. L. 7. L. 24 sqq. L. 42. *D. de iudic.* L. 28. §. 4. *D. Ex qu. caus. maior.* Vergl. Cujacius *Obss.* Lib.

welche Folgen die Beleidigung eines *Legatus hostium* nach dem Völkerrecht erzeuge [99]? u. dgl. m.

Während in den wißenschaftlichen Erörterungen der R. Juristen aus der Kaiserperiode die Anführung einzelner Anwendungsfälle eines Rechtssatzes nur dazu dient, das von der Doctrin anerkannte abstracte Princip der Entscheidung in seinen prägnanteren Beziehungen, und mit den etwanigen Ausnahmen, anschaulicher zu machen, so können wir uns nicht verhehlen, daß die frühere Doctrin die einzelnen Anwendungsfälle dem Princip selbst substituirte, d. h. daß die ältern Juristen sich in ihrem Raisonement nicht selten um die Entscheidung einzelner hergebrachter Beispiele drehten; denen sie einen jeden analogen practischen Fall anreihten, und daß ihnen diese Entscheidungen anstatt genereller Principien dienten, indem sich zu deren Construction erst später die bereits in der Bildung vorgeschrittene Doctrin erhob. Gajus [100]) nennt uns mehrere Beispiele der Art, auch wohl mit ausdrücklicher Verweisung auf deren Behandlung durch die *Veteres*: und in den Pandecten begegnen wir fast auf jeder Seite theils denselben theils ähnlichen Exempeln, für welche einmal Ulpian [101]) die paßende Bezeichnung gebraucht hat: *vulgaris quaestio*. Nun ist es von besonderm Intereße, die Spuren in den Rechtsquellen zu verfolgen, zu welcher Zeit und durch weßen Vermittelung die Doctrin von der beschränkten Erwägung solcher stationären Beispiele zu der Bildung abstracter Principien übergegangen ist. Man wird auch hier kein plötzliches Abspringen gewahr werden, sondern ein allmähliges Vorschreiten zur Auswahl umfaßenderer Beispiele, insbesondre ein Anschließen der Regel an einzelne Rechtsgeschäfte: und als allmählig namhafte Juristen auch diese Feßel

13. c. 17. Lib. 22. c. 22. Bynkershoek *Lib. singul. de foro legatorum.* (*Opp.* T. II.)

99) L. fin. D. *de legationib.*

100) a. a. O. *Comm.* III. §. 196 sqq. §. 202.

101) L. 21. pr. *D. de furt.*

verschmähten und das abstracte Princip selbstständig hinstellten, bemühte sich die gleichzeitige so wie die spätere Doctrin, die etwanige ungenaue Begrenzung dieses Princips zu berichtigen. Die Lehre von der Imputation bei Verträgen und Delicten kann hiefür die zahlreichsten und belehrendsten Beläge hergeben; indeß es fehlt an solchen auch nicht in andern Abschnitten des Privatrechts.

Ferner werden die Beiträge zur Geschichte der juristischen Auslegung bei den Römern höchst willkommen seyn welche das historische Studium der Rechtsdoctrin nicht verfehlen kann darzubieten. J. H. Böhmer [102] hat zu beweisen gesucht, daß den Römern ursprünglich nur die streng grammatische Auslegung bekannt gewesen, und erst ungleich später der Gebrauch der logischen Interpretation hinzugekommen sei. Man könnte aber mit gleichem Scheingrunde behaupten, daß die spätere Doctrin sich bemüht habe, den frühern gar zu reichlichen Gebrauch der ausdehnenden Erklärung zu beschränken: wie z. B. bei den Worten *Uti legassit* der Zwölf Tafeln in Bezug auf Notherben-Recht und das *onus legatorum* [103]; bei der *legitima tutela* seit der Lex Claudia [104]; bei der Anwendung des Begriffes des Furtums auf unbewegliche Sachen [105]; bei der Beziehung der Ausdrücke der Zwölf Tafeln: *ceterarum rerum* bei der Usucapion, auf unkörperliche Sachen, und namentlich auf die *hereditas* [106]; bei Bestimmung der Anwendungsfälle der Legis Actiones [107]) u. s. w. Vielmehr bewährte sich der wohlthätige Einfluß der spätern Rechtsdoctrin nicht durch die Einführung neuer Arten der Auslegung, sondern vielmehr

102) *Praefat. De interpretationis grammat. fatis et usu vario in iure R.* §. 4. sqq. vor des Heineccius Ausgabe von Brissonius *de V. S.* Hal. 1743. F.
103) Gajus *Comm.* II. §. 123. §. 224.
104) Ebendas. *Comm.* I. §. 171.
105) Das. §. 51.
106) Das. §. 54.
107) Das. *Comm.* IV. §. 29.

durch die Berichtigung des Verhältnißes ihrer längst bekannten Species in der Anwendung, so wie durch die Darlegung des innern Zusammenhanges derselben, und durch die Regulirung der Fälle, in denen die eine der möglichen Richtungen der juristischen Exegese als prädominirend hervortreten konnte. Von besondrer Brauchbarkeit für die hier in Frage stehende Erörterung sind diejenigen Berichte der juristischen Claßiker, welche bei den Gesetzen aus der Periode der Republik, oder dem Anfange der Kaiserregierung, einer gangbaren Auslegung mit Hinzufügung einer genauen Zeitangabe gedenken [108])

Auch die Bezugnahme auf die geschichtliche Entwickelung der R. juristischen Terminologie würde bei diesen Studien nicht ausgeschloßen bleiben dürfen, indem die Innigkeit der Verbindung zwischen der Rechtsdoctrin und den einzelnen Organen des positiven R. Rechts eines unmittelbaren Einflußes auf die juristische Geschäftssprache nicht ermangeln konnte. Hieher gehört aber zunächst nicht die Nachweisung von Eigenheiten der grammatischen Construction, welche sich in der frühern Periode des röm. Staates vorzugsweis finden; auch nicht eigentlich die Sammlung von Beispielen für den Wechsel, welchen die Bedeutung einzelner Ausdrücke in verschiedenen Zeitaltern bei den Römern erfahren hat; so belehrend und unterhaltend auch in andrer Hinsicht die Resultate solcher dankenswerthen Untersuchungen seyn mögen [109]). Ich berücksichtige hier vorzüglich solche Eigenheiten, welche die Kunstsprache der Juristen in Bezug auf die Bezeichnung der Gegensätze, in der Wahl von umschreibenden Ausdrücken, und in gewissen negirenden oder affirmirenden Collectiv-Benennun-

108) Das. *Comm.* I. §. 25. fa. §. 165. *Comm.* II. §. 54. fg. §. 198. §. 212. §. 218 *Comm.* III. § 75 *Comm.* IV. §. 79. *Fragm. Vatic.* §. 50. §. 294. L. 3. pr. D. *de tutel.* L. 120. L. 215. D. *de V. S.*

109) Man denke z. B. an den Einfluß, den die Verfeinerung der Sitten auf die Wortbedeutung gewisser Luxus-Bedürfnisse äußerte. S. z. B. L. 3. §. 5. L. 7. §. 1. D. *de supell. leg.*

gen zu erkennen giebt [110]. Dabei müßte natürlich das Studium des Sprachgebrauchs früherer oder gleichzeitiger Leges, Edicte u. s. w. unterstützend eingreifen [111], und es dürfte selbst nicht unerwogen bleiben, wie auch in der Construction einzelner Theile des Rechtssystems Anklänge von jenem Sprachgebrauch der gleichzeitigen Doctrin zu vernehmen sind [112].

110) Z. B. bei den Redeformen: *Emtor, et similes qui vicem emtorum continent*, (L 4 §. 31. D. *de d. m. et met. exc.*) *iure hereditario* und *iure proprio rem consequi*, (L. 14. pr. D. *ad L. Falc.*) bei den wechselnden Bezeichnungen der An- oder Abwesenheit einer *naturalis obligatio* u. dgl. m.

111) Z. B. die negative Bezeichnung aller andern Sachen im Gegensatz irgend einer bestimmten Species derselben, vermittelst der Formel: *ceterae res* ist aus den XII Tafeln nicht nur in die Lex Aquilia (L. 27. §. 5. §. 16. in f. D. *ad L. Aquil.*) sondern auch in das Edict der Aedilen (L. 42. D. *de Aed. Ed.*) und in den Sprachgebrauch der R. Juristen übergegangen. Hotomanus *Obss.* Lib. 4. c. 11. (*Opp. T.* 1. P. 2. p. 120) des Verf. Uebersicht der XII Taf. Fragmente S. 410.

112) Z. B. bei der Claßification der Obligationen überhaupt, und der obligationes ex variis causarum figuris insbesondre (L. 1. pr. D. *de oblig. et act.*)

Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme.

Von

Puchta.

1.

Wenn System ein Ganzes von gegenseitig sich bedingenden und voraussetzenden Gliedern genannt wird, so wird niemand läugnen können, daß das römische Recht zur Zeit der römischen Juristen und durch sie zu einem Systeme geworden ist, und zwar in einem Grad von Vollkommenheit, den wir für unser heutiges Recht noch bey weitem nicht erreicht haben. Man pflegt jedoch auch die Anordnung einer Darstellung, besonders (was jedoch ein sehr zufälliger Sprachgebrauch ist) eines größeren Theils des Rechtsgebiets oder des ganzen, ebenfalls System zu nennen, ohne Zweifel deswegen, weil das System im eigentlichen Sinn, wo es mit Wissenschaft im allgemeinen identisch ist, als die Grundlage der Darstellung und Anordnung des Stoffs gedacht wird. In Beziehung auf diese Anordnung nun ist es unter unseren Gelehrten nichts ungewöhnliches, mit einer Art von Mitleid auf die Römer herabzusehen, welche darin nicht sehr stark gewesen wären, womit dann auch wohl ein ausdrückliches oder ein stillschweigendes Lob für die Neueren verbunden wird, die es darin freilich viel weiter gebracht hätten. Ich, meines Orts, habe mich bisher weder von der Wahrheit jenes Tadels, noch dieses Lobs überzeugen können, und will versuchen, die Gründe meines Unglaubens hier vorzulegen. Zu diesem Be-

hufe werde ich das Institutionensystem des Cajus, welches unter den wissenschaftlichen Anordnungen der Römer die uns am vollständigsten bekannte ist, einer näheren Prüfung unterwerfen, dann aber zur Vergleichung einiges aus den neueren Systemen des Civilrechts beibringen. Zum Voraus nur noch eine Bemerkung. Daraus, daß die Wissenschaft die Grundlage und der Gegenstand der Darstellung in den Rechtssystemen ist, folgt noch keineswegs, daß es auch nur Eine jener entsprechende Darstellung, wie Eine Wissenschaft geben könne. Darin nämlich liegt gerade das Leben und die Garantie des organischen Wachsthums der Wissenschaft, daß keine Darstellung vollkommen identisch mit derselben ist, daß sie nicht vollständig nach außen gewendet zu werden vermag. Da mithin kein System in jenem formellen Sinne die Wissenschaft selbst, sondern nur eine Annäherung an dieselbe von dieser oder jener Seite her seyn kann, so müssen sich mehrere Systeme in diesem Sinn neben einander denken lassen. Der Grund dieser reellen Verschiedenheit der Darstellung (abgesehen nämlich von der Verschiedenheit, welche aus der Fähigkeit des Darstellers folgt) liegt in dem gewählten Medium zwischen der Wissenschaft und der äußeren Gestalt, die sie annehmen soll, in dem, was man den Plan der Anordnung nennt. Dieser Plan soll nun zunächst für das Institutionensystem des Cajus aufgezeigt werden, wie er schon an einem andern Orte (Museum 1. Jahrg. S. 311.) zu einem andern Behufe von mir angedeutet worden ist.

2.

Die Neueren betrachten dieses System hauptsächlich im Lichte der juris divisio: Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet; vel ad res, vel ad actiones. Dieser Umstand hat, wie mir scheint, den unrichtigen Gesichtspunkt veranlaßt, von welchem man das System aufzufassen pflegt; ich sehe daher von jenem Satze ab, und halte mich an dasjenige, was aus der Darstellung selbst hervorgeht. So bedarf

es desselben namentlich nicht, um zu erklären, warum der Jurist (sey es Cajus, oder ein früherer von ihm zum Muster genommener) mit der Conditio hominum, mit den drey divisiones de jure personarum beginnt; auch wenn er keinen besondern Werth auf jene Juris divisio legte, wenn er gar nicht von ihr ausgieng, konnte er, sofern er sich zu einer selbstständigen Anordnung bestimmte, keinen natürlicheren Ausgangspunkt finden, als den von den Subjekten alles dessen, was nachher folgen sollte. Ja, aus seinem Plane wird sich ergeben, daß dabey kein anderer Anfang erdacht, und jene Lehre an keinen andern Ort gestellt werden konnte.

Schon bey der obersten Eintheilung der Personen handelt er ausführlicher von der Entstehung derselben und ihren Unterordnungen, als von dem Einflusse dieser Zustände auf das Recht, indessen darf darauf noch kein Gewicht gelegt gelegt werden, weil es auch einen andern, als den Grund haben könnte, um dessen willen es hier angeführt wird. Auffallender wird dieser Umstand bey der zweiten Eintheilung, in personae die sui iuris und die alieno juri subjectae sind, wo ein sehr bedeutendes Rechtsverhältniß, die Ehe, dadurch seine Stelle erhält und nur in der Beziehung abgehandelt wird, daß es eine Entstehungsart der Potestas ist. Ueberhaupt stellt der Jurist selbst sich nur die Fragen zur Beantwortung auf, wer in potestate, in manu, in mancipio sey, nimmt sich also ausdrücklich nur die Entstehung und Endigung dieser Verhältnisse zum Gegenstand, und behandelt diesen mit einer Ausführlichkeit, deren Ausdehnung auf die Natur derselben das Werk zu einem sehr beträchtlichen Umfang gebracht haben würde. Am entschiedensten endlich tritt jener Charakter der Darstellung bey der dritten Eintheilung, bey der Vormundschaft hervor. Wer etwas einigermaßen hinreichendes über die Beschaffenheit, über das eigentliche Recht der Tutel und Cura erwartete, würde sehr getäuscht werden. Denn von den 58 Paragrahen, in welche diese Lehre von dem Herausgeber

eingetheilt ist, sagen nur §. 190 — 192 und zwar nur ganz beiläufig etwas von der Auctoritas und der Administratio, und die zwey letzten einiges von der Satisdatio, übrigens wird nur von der Entstehung und Endigung der Vormundschaft gesprochen.

Man könnte indessen glauben, in dem ersten Buch, als einer Einleitung zu dem Ganzen, habe diese Beschränkung auf die Entstehung und Endigung der Verhältnisse ihren Grund lediglich darin, daß der Jurist vor der Darstellung der folgenden Materien nicht wohl die Natur jener persönlichen Zustände erörtern konnte, welche er theilweise wenigstens weiter unten nachhole. Aber gerade die Art wie, und die Stelle, an welcher er einiges über die Natur der persönlichen Verhältnisse nachholt, bestätigt im Gegentheil, ebenso wie das folgende überhaupt, daß jene Erscheinung wirklich noch einen weiteren Grund in dem ganzen Plan der Darstellung habe. — Das erste, was dem Juristen, nachdem er die Personen verlassen hatte, entgegen kam, waren die res, deren oberste Eintheilung (denn auch hier wird wenigstens der Eingang von divisiones gebildet, mit welchen der Jurist noch vom vorigen Buche her im Zuge ist, und die wohl überhaupt für einen wesentlichen Bestandtheil eines dem Unterricht gewidmeten Werks gehalten wurden) sich auf ihr Verhältniß zu den Personen, ob sie in deren Patrimonium sind oder nicht, bezieht. Auch die Servituten finden unter diesen Eintheilungen ihre Erwähnung; dann aber hebt mit der Eintheilung in res mancipi und nec mancipi die Lehre von der Erwerbung der Sachen an, wovon der Jurist bis zu den Obligationen nicht mehr abläßt. Er spricht von der Mancipatio, In jure cessio, Traditio, nicht allein als Erwerbsarten des Eigenthums, sondern auch der Servituten, ja auch der Hereditas, also ohne jenen Rechten eine abgesonderte Stellung zu geben. Im §. 40. beginnt er vom Eigenthum besonders zu sprechen, aber nur um von jenen Erwerbsarten auf die Usucapion

überzugehen, bey welcher Gelegenheit bemerkt wird, daß zuweilen ein Nichteigenthümer veräußern könne, und dann geht er fort auf die naturalen Erwerbungen. Darauf handelt er von der Veräußerungsfähigkeit der Pupillen, von der Erwerbung durch Andere, ohne also bey diesen Gegenständen den Faden fallen zu lassen, an welchem seine ganze Darstellung fortläuft. Zuletzt spricht er dieß noch sehr deutlich aus im §. 97.: hactenus tantisper admonuisse sufficit, *quemadmodum singulae res nobis adquiruntur*, unter welchen er sichtlich theils körperliche Gegenstände und deren Erwerbung zu Eigenthum versteht, theils unkörperliche, die Servituten. Nun giebt es aber auch Erwerbungen dieser Gegenstände per universitatem. Si cui heredes facti sumus etc. etc. ejus res ad nos transeunt. Und hier schiebt er nun das Erbrecht ein, als eine Erwerbsart der Sachen, ebenso wie im ersten Buch die Ehe als eine Erwerbung der Patria potestas, worauf denn auch die anderen Erwerbungen per universitatem folgen.

Nunc transeamus ad obligationes. Diesen mußte schon deswegen eine abgesonderte Stelle angewiesen werden, weil ihre Entstehung sehr wenig mit derjenigen der übrigen Rechte gemein hat. Aber der Jurist vergißt bey diesem neuen Gegenstand keineswegs den Charakter seiner Darstellung. Die summa divisio bezieht sich auch hier wieder auf die Entstehung, ex contractu oder ex delicto, und so reiht er denn auch die einzelnen Obligationen nach ihrer Entstehung an einander, handelt dann nach den ex contractu entstehenden von der Erwerbung durch Andere, und von der Aufhebung der Obligationen. Darauf folgen die obligationes ex delicto und die actiones, welche bey Justinian in Einem Buche mit einander zusammengestellt werden. — Es ist auffallend, daß die Aufhebungsarten der Obligationen zwischen die obligationes ex contractu und ex delicto eingeschoben werden. Ich will eine Erklärung dieses Umstands versuchen.

Jeder, er mag sonst über die Anordnung der Institutionen gesinnt seyn, wie er wolle, wird zugeben, daß die Actiones wenigstens obligationsartige Verhältnisse zwischen Kläger und Beklagten sind. Die Actionen entstehen nur durch die Verletzung eines Rechts, überhaupt durch die Weigerung, dem Anspruch eines Andern nachzukommen. Sie können also insofern, wenn man gleich die Weigerung eines Beklagten, wodurch die Actio nata wird, in der Regel nicht ein Delict nennen kann, in eine Classe mit den eigentligen obligationes ex delicto gesetzt werden. Etwas eignes ist auch, daß bey diesen viel mehr und unmittelbarer von den Klagen die Rede ist, als bey denen ex contractu. Der Grund ist vielleicht folgender, und er nähert diese Obligationen den Actionen noch mehr. Zur Entstehung einer Klage gehört zweierley: ein Recht und die Verletzung desselben. Bey den obligationes ex contractu läßt sich beides unterscheiden, die Obligation kann vorhanden seyn — und dieß ist der gewöhnliche Fall — ohne daß meine Actio schon nata ist, denn so lange mein Schuldner die Leistung nicht verweigert oder verzögert, habe ich keine Klage gegen ihn. Hingegen bey den obligationes ex delicto fällt beides zusammen; sowie die Rechtsverletzung geschehen ist, ist auch actio nata. — Durch diese Aehnlichkeiten mag also der Jurist bewogen worden seyn, die Delictsobligationen mit den Actionen in eine nähere Verbindung zu bringen. Auch bey den Actionen übrigens schiebt Cajus die Aufhebung derselben als solcher, nämlich die Exceptiones nebst dem, was in den unmittelbar vorgehenden Paragraphen enthalten ist, zwischen die eigentlichen Actiones und die Interdicta ein, vielleicht weil sich diese auf ähnliche Weise zu jenen, wie die Delictsobligationen zu den Contractsobligationen verhalten *).

*) Hasse hat mir eine andere Erklärung für die Stellung der Aufhebungsarten angegeben, die ungleich besser ist, als die meinige. Ich habe diese nur darum stehen lassen, um die meines hochverehrten Freun=

3.

Das Resultat, welches meiner Meinung nach aus dem bisherigen hervorgeht, ist folgendes. Die Unterscheidung der verschiedenen Rechtsverhältnisse nach ihrer Natur liegt dem Institutionensystem nur in soweit zu Grunde, als Cajus die Obligationen von allen übrigen Rechtsverhältnissen ausscheidet, eine Scheidung, welche theils den römischen Juristen nach der Eintheilung der Actionen in solche in rem und in persionam besonders geläufig seyn mußte, theils aber, wie oben bemerkt worden, wegen der eigenthümlichen Grundsätze über ihre Entstehung nothwendig, und somit durch den Plan der Anordnung selbst geboten war. Dieser Plan der Darstellung aber wird gebildet durch die Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse. Der Jurist hatte also nicht nur einen bestimmten, wohlbewußten Plan vor Augen, — es scheint als ob gerade diese Seite der Rechtsverhältnisse, und nicht mit Unrecht, als besonders tauglich für den Anfangsunterricht angesehen wurde — sondern er führte ihn auch, wie sich aus der näheren Betrachtung des Systems ergiebt, mit Geschick und Consequenz hinaus, und hat somit die Forderungen hinreichend erfüllt, welche man an eine wissenschaftliche Darstellung für einen bestimmten Zweck machen kann. Sonach scheint die allgemeine juris divisio in ihrer Anwendung auf das Institutionensystem nichts anderes zu sagen, als: das Recht hat es zu thun mit Personen, welche erwerben, mit Sachen, welche erworben werden, und mit Actionen. Ich halte dafür, daß diese Eintheilung nicht für das Institutionensystem gemacht worden ist, und eben deshalb bey der

des mit seiner Erlaubniß hier mitzutheilen. Er hat nämlich den Grund jener Anordnung, den ich in den folgenden Lehren gesucht habe, rückwärts in den Contracten selbst gefunden. Es ist bekannt, daß die alten Aufhebungsarten der Obligationen den Contracten nachgebildet sind, und sich genau an dieselben anschließen. Auch paßt diese einfachere Erklärung eher zu der Art und Weise, wie Cajus bey der Aneinanderfügung der Materien wahrscheinlich verfahren hat.

Untersuchung desselben die vorzügliche, ja ausschließliche Aufmerksamkeit keineswegs verdient, welche gerade ihr bisher gewöhnlich zu Theil wurde. Sie scheint mir von außen hinzugekommen zu seyn, nicht das System bestimmt sondern umgekehrt durch das System erst ihre dießmalige Bestimmung erhalten zu haben, wie denn Spuren davon in anderer Richtung und Bedeutung auch sonst noch vorkommen.

4.

Die Apologie des römischen Institutionensystems ist nunmehr auch von der Gegenseite, durch die Vergleichung mit neueren Systemen zu begründen. Hier fordert die Tugend der Offenherzigkeit, zu bekennen, daß ich die beiden Vorzüge des ersteren, auf welche ich aufmerksam gemacht habe, einen durchdachten, wohlbegründeten Plan, und eine möglichst consequente Durchführung desselben, wenigstens in diesem Grade bey keinem neueren Systematiker gefunden habe. Mich interessiren hier besonders die unserer Zeit angehörigen Systeme. Die Belege für meine Behauptung lassen sich kurz und einfach angeben, weil es weniger um die Masse als um das Gewicht zu thun ist, und es an solchen nicht fehlt, die keiner weitläufigen Erörterung bedürfen. Obgleich ich mich einer vollständigen Kenntniß aller hieher gehörigen Schriften nicht rühmen kann, so habe ich darum doch nicht angestanden, den Tadel, so wie es geschehen ist, auszusprechen. Möge die anmaßende Behauptung um so eher einen Widerspruch hervorrufen, der, wenn er durch ein von mir übersehenes oder nicht von mir verdientermaßen gewürdigtes System begründet ist, niemanden erfreulicher seyn soll, als mir selbst.

Die neueren Systeme lassen sich eintheilen in solche, welche die Institutionenordnung zu befolgen die Absicht haben, und in solche, welche dieselbe, im ganzen wenigstens, verlassen. Jene liegen dem Hauptgegenstand dieser Abhandlung am nächsten. Bey ihnen muß nun vor allem diese Absicht der Befolgung selbst, und, woher sie eigentlich geflossen ist,

die Verkennung des Institutionensystems getadelt werden. Wenn wir finden, daß in den s. g. Institutionensystemen der Neueren die Aufeinanderfolge der Hauptmaterien mit der bey Cajus übereinstimmt, die Darstellung selbst aber, das System, der leitende Grundgedanke in beiden augenfällig verschieden ist, so muß man annehmen, entweder daß unsere Systematiker System und Aufeinanderfolge der Materien für gleichbedeutend nehmen, oder daß sie ein verschiedenes System aufzustellen gedachten, welches nur merkwürdigerweise ganz dieselbe Materienfolge hervorgebracht hätte, wie jenes. Freilich muß man das erstere annehmen, weil der innere Unterschied so gar nicht hervorgehoben, dagegen als ein Vorzug dieser Anordnung gerühmt zu werden pflegt, daß die studirende Jugend dadurch mit dem römischen System bekannt werde.

Der Unterschied zwischen dem römischen Institutionensystem und dem sogenannten der Neueren besteht darin, daß in jenem die Entstehung, in diesem die Natur der Rechtsverhältnisse die Grundlage der Anordnung ist oder seyn soll. Es ist schon vorhin bemerkt worden, daß es eine sehr merkwürdige Erscheinung wäre, wenn zwey ganz verschiedenen Grundlagen dieselbe äußere Anordnung vollkommen angemessen erschiene. Aber schon eine allgemeine Ansicht der Anordnung zeigt, daß dieß nicht der Fall ist. Der Römer handelt zuerst von den verschiedenen Verhältnissen, in welche Personen so kommen können, daß dadurch ihre Persönlichkeit modificirt wird, sodann von den körperlichen und unkörperlichen Gegenständen und deren Erwerbung, darauf von der Entstehung der Obligationen. Diese erwähnt er im Eingang des zweiten Buchs (§. 14. u. 38.) auch unter den Gegenständen der Erwerbung (als res incorporales); später aber führt er sie als Rechtsverhältnisse ihrer Entstehung und Endigung nach auf. Eben so wie die successiones per universitatem als Erwerbsarten der Sachen vorkommen, dennoch aber das Suc-

cessionsrecht auch als Recht, besonders seiner Entstehung nach vorgetragen wird. Von den Actionen kann man sagen, daß sie zuerst in ihrer Anwendung auf und Entstehung durch Obligationes, dann aber für sich, hier indessen in Verbindung mit vielen andern concurrirenden Lehren dargestellt werden. Was haben nun die Neueren daraus gemacht? Personenrechte, Sachenrechte, Forderungsrechte. Wenn man versucht, diese Ausdrücke auf einfache Begriffe nach einer bestimmten Eintheilungsnorm zu reduciren, so findet sich nicht allein gar keinen Grund theils für die Aufeinanderfolge, theils für den Inhalt, welchen unsere Systematiker diesen Theilen geben, sondern dieselben fallen selbst völlig auseinander. Dieß wird sich durch die Idee ergeben, welche meines Erachtens einer Classification der Rechte nach ihrer Natur zu Grunde liegen muß.

Jedes Recht ist eine Beziehung des Willens auf einen Gegenstand, und diese Beziehung ist die Unterwerfung des Gegenstands. Giebt es nun verschiedene Rechte, worin hat diese Verschiedenheit ihren Grund? Hier möchte jemand sagen, die Rechte könnten ihrem innern Wesen nach verschieden seyn nach der Verschiedenheit der Unterwerfung und nach der Verschiedenheit des Gegenstands, diese beiden Punkte also könnten Grundlage der Classification seyn; und wirklich läßt sicht aus dem Begriffe des Rechts keine andere Grundlage entwickeln. Aber die Unterwerfung ist selbst nichts anderes, als eben das Recht, folglich würde derjenige, der sie zur Classificationsnorm machen wollte, um nichts weiter gekommen seyn. Also hat die Verschiedenheit der Rechte wesentlich und ursprünglich in den Gegenständen ihren Grund, und diese sind daher die durch den Begriff selbst gegebene Grundlage der Classification. Dabey ist vor allem nöthig, den Begriff des Gegenstands selbst festzuhalten, als desjenigen, was vermöge dieses Rechts dem Willen unterworfen ist, sey es nun ein Ganzes für sich oder nur eine Seite eines Ganzen (z. B. eine Sache von der

Seite ihres Gebrauchs bey den Servituten, von der Seite ihres Werths bey dem Pfandrecht). — Wendet man nun diese Bestimmungen auf jene Classification der Neueren an, so kann es an einem sehr widersinnigen Resultat nicht fehlen: Rechte, deren Gegenstand Personen, Sachen, Forderungen sind. Die Widersinnigkeit liegt nicht etwa im Namen; die Materien selbst, welche nach der vermeintlichen Anleitung der Institutonen in jene Classen zusammengepreßt werden, sind einer begriffsmäßigen Zusammenfassung nicht fähig. So läßt sich aus dem System der Neueren selbst schlechterdings kein Grund ausfindig machen, warum Persönlichkeit, Ehe, väterliche Gewalt und Vormundschaft in der ersten Classe so friedlich beisammenstehen. Aber nicht allein zu viel wird in dieser Abtheilung gegeben, sondern auch zu wenig. Ein Beispiel giebt der Einfluß der Potestas auf das Vermögen. Dieß ist unbestritten die Hauptseite der Potestas, man könnte also in einem auf die juristische Natur der Verhältnisse gebauten System gerade diese Lehre am ersten bey der Potestas selbst erwarten. Dort steht sie aber in unseren Systemen nicht, sondern bei den dinglichen Rechten und bey den Obligationen, oder am Schlusse beider, weil der Urheber der römischen Institutionen sie an den diesen correspondirenden Stellen vorträgt. Diese Stellung ist bey dem Römer vollkommen gegründet; es sind Modificationen der Erwerbnng, der Entstehung des Eigenthums, der Obligationen, die hier behandelt werden. Bey unseren Systemen, bey denen nicht die Erwerbung der leitende Faden ist, hätte diese Anordnung einen innern Grund höchstens dann, wenn es auch Modificationen der Natur des Eigenthums u. s. f. wären. Das ist aber nicht der Fall, wenigstens nach den Ansichten der Neueren; es ist gewöhnliches Eigenthum, es sind gewöhnliche Obligationen, welche sie durch Filiifamilias erwerben lassen. — Die Sachenrechte, welche an die Stelle der Lehre von den Sachen und deren Erwerbung als die zweite Classe der Rechte haben treten müssen, geben nicht

weniger zu gerechtem Tadel Veranlassung. Das Erbrecht ist hauptsächlich durch das Mißverstehen des Institutionensystems zum dinglichen Rechte gemacht worden, wiewohl man es nachher auch an anderen Gründen, die aber um nichts haltbarer sind, nicht hat fehlen lassen. Wer nun aber anerkennt, es sey kein dingliches Recht, und es dennoch zu den dinglichen Rechten stellt, der begeht damit etwas schwerlich zu rechtfertigendes. — Was endlich die Obligationen anlangt, so trägt Cajus seinem Systeme gemäß vorzugsweise die Entstehung derselben vor, und classificirt hiernach die einzelnen obligatorischen Verhältnisse, die er anführt. Er thut damit etwas, das mit seiner Darstellungsart in den übrigen Theilen seiner Schrift vollkommen übereinstimmt. Nicht so unsere Systematiker, indem sie ihm wieder in diesem speciellen Punkte nachahmen. Die Entstehungsarten haben hier bey ihnen ein Uebergewicht, das ihnen in keiner anderen Abtheilung des Systems verstattet ist. Allerdings verhält es sich mit der Entstehung der Obligationen in Beziehung auf die Natur des Rechtsverhältnisses anders, als mit der Erwerbung des Eigenthums (s. Museum 2. Jahrg. S. 253. f.), aber eben deshalb wäre die Frage wohl zu erwägen, wie weit der Einfluß der Entstehung auf die Natur der Obligationen reiche, die Classification derselben nach ihrer Natur mithin nach der Entstehungsverschiedenheit sich bestimme. Diese Frage wird nun gewöhnlich gar nicht erörtert, sondern die Institutionenordnung so blind nachgeahmt, daß der Entstehung wegen Obligationen der ähnlichsten Natur getrennt, der verschiedensten zusammengestellt werden.

5.

Eine von dem s. g. Institionensystem abweichende Anordnung, die, wenigstens in ihren Grundzügen, in der neueren Zeit eines sehr allgemeinen Beifalls genießt, hat Hugo erfunden, und in der ersten Ausgabe seines Lehrbuchs des heutigen römischen Rechts (1789) aufgestellt. In den folgenden Ausgaben

hat er sie wieder aufgegeben; sie ist in ihren Grundzügen erst später, namentlich durch Heise zurückgerufen, und seit der Zeit der Leitfaden für viele Vorträge und Handbücher geworden. Daraus erklärt sich denn auch, warum sie jetzt gewöhnlich nicht von ihrem Urheber, sondern heise'sches System genannt wird. Die Haupttheile des Privatrechts werden hiernach folgendergestalt classificirt: 1) dingliche Rechte 2) Obligationen 3) Familienrechte 4) Erbrecht 5) bey Hugo Proceß, bey den Nachfolgern, welche die processualischen Sätze in einen vorausgehenden Allgemeinen Theil verweisen, die In integrum restitutio. — Wegen seiner Verbreitung verdient auch dieses System in Vergleichung mit dem römischen gebracht zu werden; auch hier aber wird der Zweck seiner Erwähnung an diesem Orte schon durch einige allgemeinere Bemerkungen, ohne Eindringen in das Detail der Ausführung erreicht werden können.

Der Systematiker hat ein doppeltes Geschäft. Das eine ist die Classification, die Aufstellung und Durchführung einer Eintheilungsnorm, das andere ist die Erfassung der Theile in ihrem innern Zusammenhang, mithin nicht bloß als Theile, sondern als Glieder eines lebendigen, organischen Ganzen. Es versteht sich von selbst, daß diese Thätigkeiten nicht abgesonderte sind, von denen etwa die zweite hinzuträte, wenn die erste ihre Aufgabe gefertigt hätte. In diesem Fall würde jede beliebige Eintheilungsnorm ein System geben, weil mit einigem wenigem Witz an jede ein scheinbarer Zusammenhang hinantorquirt werden könnte. Es fehlt uns in der neusten Zeit ja nicht an Beispielen von solchen Kunststücken, die ich hier nicht weiter berühren will. Jene Thätigkeit ist also in der That Eine, in welcher jene beiden Momente an sich ungetrennt existiren.

In Beziehung auf beide Seiten der systematischen Thätigkeit giebt das hugo'sche System sehr gefährliche Blößen. Von der ersten folgendes. Es ist interessant zu bemerken, welchen Einfluß die verlassene Institutionenordnung doch noch

stillschweigend auf diese Systeme ausübt. So giebt auch hier wohl bey den Obligationen die Entstehung den alleinigen Faden für die Darstellung ab, ein Uebelstand, welcher noch erhöht wird, wenn man die römischen Eintheilungen der Verträge zum Grunde legt, was sich in einem System des heutigen Rechts sonderbar genug ausnimmt. Die dritte Classe soll die Familienverhältnisse enthalten, aber in der Verwirrung hat sich manches aus dem ersten Buch der Institutionen, was man nicht etwa für den allgemeinen Theil wegnahm, hineingedrängt, anderem wurde der Zutritt ohne Grund versagt. Dahin gehört die Verwandtschaft, welche offenbar ein Familienverhältniß, aber aus einem ganz und gar nicht nachgewiesenen Lehrbedürfnisse in den s. g. allgemeinen Theil, was in den meisten Systemen so viel sagen will, als ganz aus dem Systeme herausgeschoben worden ist. Dagegen wird die Vormundschaft unter die Familienverhältnisse gesetzt. Sie war im älteren römischen Recht eine Gewalt, in keiner Zeit aber ein Familienverhältniß im modernen Sinne des Worts. Auch glaube ich schwerlich, daß ein Systematiker sich dieß mit Bestimmtheit so gedacht hat; die Sache ist wohl nur darum so gekommen, weil diese Lehre im ersten Buch der Institutionen steht, und in den Digesten auf die Ehe folgt. Hugo hat hier, wie ich glaube, in seinem oben angeführten Buch das richtige getroffen, indem er ihr eine Stelle unter den Obligationen einräumt (S. 49.), aber er hat gerade hier keinen, ja nicht einmal sich selbst zum Nachfolger. Und doch besteht die Grundseite der Vormundschaft nach dem heutigen römischen Rechte darin, daß sie eine Führung fremder Geschäfte unter öffentlicher Aufsicht und Fürsorge ist, wie z. B. auch das Amt eines Verwalters von Gemeinheiten. Die weitere Ausführung dieses Punkts gehört nicht hieher. Auch die Rubrik: Familienrechte paßt nicht zu den übrigen gleichgeformten: dingliche Rechte, Erbrecht. Hiernach wäre die Familie der Gegenstand dieser Rechte, was unmöglich die Meinung

seyn kann. Der kantische Ausdruck: dinglich-persönliche Rechte ist aus mehreren Gründen eine sehr unglückliche Verbesserung, auch abgesehen von dem Anstößigen desselben. Von dem allgemeinen Theile will ich schweigen; dieser ist in den meisten Lehrbüchern so sehr eine doctrinelle Mißgeburt, daß ihn ein erwecklicher Lehrer alten Schlags gleich selbst bey der darin vorkommenden Lehre von den monstris als passendes Exempel (arg. L. 44 de relig.) anführen könnte. Denn bey einem so unwissenschaftlichen Ding, als ein solcher allgemeiner Theil zu seyn pflegt, pflegt ein eigener Unstern auch die besten Köpfe zu regieren. — Die Hauptquelle solcher Inconsequenzen in der näheren Ausführung der Systeme, wie die vorhin gerügten, ist die, daß unsere Systematiker der größeren Zahl nach sich entweder des Fundaments ihrer Anordnung nicht vollständig bewußt sind, oder es wenigstens bey der Anordnung des Details vergessen und sich dagegen von sehr unsystematischen Motiven leiten lassen. Zu diesen Motiven gehört vor allem die Gewöhnung, welche durch die Ordnung der Institutionen und der Vorgänger erzeugt worden ist. Dann aber vornämlich dieß, daß man sich durch den Einfluß, den ein Rechtsverhältniß auf das andere hat, bestimmen läßt. Dieß ist an sich wohl der schlechteste Führer. In einem organischen Ganzen stehen alle Glieder in Wechselwirkung auf einander, je systematischer nun ein Recht ist, destomehr muß dasselbe bey allen Rechtsverhältnissen der Fall seyn. Wer sich mithin in der Anordnung der Darstellung diesem Motive hingiebt, der giebt in demselben Augenblick auch eigentlich den Vorsatz, seine Darstellung zu ordnen, auf. Die Ehe z. B. gehört allerdings in die Lehre vom Eigenthum, von den Servituten, vom Pfandrecht, von den Obligationen, von der Verwandtschaft, von der väterlichen Gewalt, vom Erbrecht, denn in allen diesen Lehren muß von der Ehe die Rede seyn. Aber eine ganz andere Frage ist die: wohin sie selbst, als ein eignes, selbstständiges Rechtsverhältniß gehöre?

Das System, von dem wir reden, hat aber auch noch in Beziehung auf die zweite der oben angedeuteten Seiten der systematischen Thätigkeit den Mangel, daß es in den Zusammenhang der einzelnen Classen untereinander keine Einsicht gewährt. Es giebt uns die Freiheit, diese Classen noch ganz anders durch einander zu würfeln, und auch über die Geschlossenheit derselben erhalten wir nicht den geringsten Aufschluß. Diesen Mangel hat Savigny (vgl. Pernice's Institutionen) zu heben versucht indem er jedoch im ganzen dieselbe Anordnung befolgt. Er geht, so viel ich aus dem angeführten Buche und sonstigen Mittheilungen entnehmen kann, nicht unmittelbar von dem Recht in der subjectiven Richtung des Worts aus, sondern von den Rechtssätzen, welche entweder die Persönlichkeit des Menschen, oder die beiden Verhältnisse in welchen er als Privatperson steht, Vermögen und Familie, betreffen. Ich denke mir nun die Darstellung dieses Systems so. Das Recht erfaßt den Menschen als Person, als rechtsfähig; dazu kommen denn aber auch noch andere individuelle Qualitäten, oder Eigenschaften des Menschen für sich, welche die Möglichkeit, Rechte zu haben, bedingen und modificiren. Die Rechtssätze über die Persönlichkeit und jene besonderen Qualitäten kann man unter dem Ausdruck: Personenrecht (im objectiven Sinne des Worts-Recht) begreifen. Die Persönlichkeit muß sich nun äußern, und dieß geschieht, indem sich der Wille Gegenstände, und zwar zunächst äußere, unterwirft: die Person hat Vermögen. Die Rechtssätze über diese Aeußerung des Willens bilden das Vermögensrecht. Das Vermögen kommt zunächst zur Sprache in seinen einzelnen Bestandtheilen, welches Sachen und dann Handlungen Anderer sind, deren Unterwerfung durch das Sachenrecht und Forderungsrecht normirt wird, dann aber auch als Ganzes, in seinem Uebergang von Verstorbenen auf Ueberlebende, welchen das Erbrecht bestimmt. — Das zweite Glied, oder das dritte des Ganzen bildet das Familienrecht.

Während nun aber das Vermögen ein erst durch das Recht entstehet Begriff ist, besteht die Familie schon vor allem Recht, sie ist als solche kein Rechtsverhältniß. Und in der That hat auch das Recht sie nicht in ihrer Totalität zum Gegenstand, vielmehr sind es nur einzelne Seiten derselben welche im Recht zur Sprache kommen und eine juristische Gestalt gewinnen. Es giebt kein Familienrecht in dem Sinne wie es ein Vermögensrecht giebt. Daß nun dessenungeachtet in dem savigny'schen System beide als gleiche gegenübergestellt werden, ist eine große Unvollkommenheit. Zwischen beiden Theilen besteht eine unausgefüllte Kluft, und in Wahrheit erscheint das Familienrecht nur als ein kümmerliches Anhängsel des übrigen. Eine andere Unvollkommenheit besteht in der Stellung des Erbrechts. Man fühlt das Bedürfniß, dasselbe erst auf das Familienrecht folgen zu lassen. Dadurch wird nun aber das ganze System verrückt, und das Erbrecht ebenfalls zu einem bloßen Anhang gemacht, zu dem zweiten, so daß also ein sehr beträchtlicher Theil, ja die Hälfte des Ganzen aus Anhängen besteht. Man könnte versucht seyn, den letzteren Uebelstand durch die Ansicht zu beseitigen, wornach das Erbrecht ein Theil des Familienrechts ist (Hegel's Naturrecht §. 170. ff. 178. ff.). Aber theils paßt diese Ansicht nur zu dem Erbrecht, welches Hegel aufstellt, und das von dem unsrigen sehr verschieden ist, theils würde dadurch das Erbrecht nur das gewinnen, nicht ein besonderes, sondern mit dem Familienrecht selbst Ein hors d'oeuvre zu bilden. — Das dritte und letzte, was ich gegen dieses System im allgemeinen einwenden möchte, ist dieses, daß die Eintheilung in Vermögens- und Familienrecht durch Kategorien gebildet wird, mit denen für die weitere Classification gar nichts gewonnen ist. Das Vermögensrecht bildet den Haupttheil, es ließe sich ein Recht denken, das gar kein abgesondertes Familienrecht kennte; ja wahrscheinlich ist das ganze älteste römische Privatrecht bloßes Vermögensrecht gewesen.

Sowie man nun das Vermögensrecht weiter classificiren will, muß man sich schon nach einer andern Hülfe umsehen. Mithin und nach den obigen Bemerkungen scheint es sehr rathsam zu seyn, diese oberste Eintheilung in Vermögensrecht und Familienrecht zum Behuf des Systems lieber gar nicht zu gebrauchen.

6.

Es wird mir erlaubt seyn, zum Schluß noch das Resultat und den Zweck dieser Abhandlung mit einigen Worten hervorzuheben. Wir bemerken in den römischen Institutionen einen Schriftsteller, welcher den Entschluß gefaßt hat, angehenden Juristen mit einer einleitenden Uebersicht über die Elemente des Rechts an die Hand zu gehen. Seine Aufmerksamkeit war darauf gerichtet, eine Seite der Rechtsverhältnisse, welche uns besonders anschaulich großen, theils in bestimmten, zum öftern in symbolischen, öffentlich, dem natürlichen Auge jedes Beobachters vorgelegten Handlungen entgegentritt, die Entstehung und Endigung der Rechte nämlich hervorzuheben, und durch diese Pforte den Jüngling in die Wissenschaft einzuführen. Diesen Gedanken hielt er mit lobenswerther Consequenz fest, und er wurde die Grundlage seines Systems. Dieses System ist in seiner Art sehr vorzüglich, wenn es auch seine Ungleichheiten hat, und besonders in manchen Einzelnheiten ganz und gar nicht schulgerecht ist. Der Jurist hat ohne Zweifel keine abstrakte Forschungen zur Vorbereitung gemacht, die glückliche Natur hat bey ihm die Kunst ersetzt, es hat ihm keine Mühe gemacht. Aber genug, so wie es vor uns liegt, ist es in der That und Wahrheit ein System. Uns hingegen haben die Götter die Mühe vor das Ziel gesetzt, wie wir in Vergleichung mit den römischen Juristen diese Bemerkung gar oft zu machen Gelegenheit haben. Nun hat es mir geschienen, als ob in der Mehrzahl unserer Systematiker ein gewisses naturalistisches Treiben die Oberhand hätte, als ob Systeme gebildet würden ohne festen

Plan und ohne Consequenz in der Ausführung. Kam dann noch dazu, daß man diese s. g. Systeme sogar für ohne Vergleich besser hielt als das römische, so schien es mir ein wahres Bedürfniß zu seyn, zu zeigen, wie das letztere noch hoch genug über den neueren stehe, und ich entschloß mich zu diesem gefährlichen Versuch, als kein Anderer, Besserer sich zu der Unternehmung fand. Ich nenne die Unternehmung gefährlich, weil sie von mir nur sehr unvollkommen ausgeführt werden konnte, weil einzelne Fehler meiner Abhandlung der ganzen Sache schaden können, und weil gerade an den Besten zu zeigen war, auf welche Abwege das allzugroße Vertrauen auf die natürliche Anschauung führen kann. Uebrigens fürchte ich nicht, durch meine Aeußerungen Urheber neuerer Systeme verletzt zu haben. Im schlimmsten Fall ist es ja wohl eher vorgekommen, daß ein Bewunderer des Alterthums für die Vorzüge der Neueren ein schlechteres Auge bewies, ohne daß die Gegenwart ein Aergerniß daran genommen hätte. Aber ich bin sogar fest überzeugt, daß ein Theil der Getadelten, sofern nur der Entschluß von ihnen gefaßt würde, ein System im wahrhaften Sinne zu bilden, und auf die Form die Aufmerksamkeit zu richten, welche dem Material zugewendet zu werden pflegt, hierin das römische System fast eben so weit übertreffen würde, als dieses jetzt über den neueren steht. Und dieß ist mein Wunsch; denn man würde diesen Aufsatz sehr mißverstehen, wenn man glaubte, ich wollte damit, so weit es in meinen Kräften steht, zur Befolgung der cajischen Anordnung in unsern Institutionen oder gar Pandektenvorträgen ermuntern.

Unterschiedliches.

Von

Hasse.

1. Beweis der Suspensiv-Bedingung.

Ueber die Beweislast ist bekanntlich viel gestritten worden, im Fall der Eine einen Vertrag gradehin behauptet, der Andre eine nicht erfüllte Bedingung desselben vorschützt. Vor kurzem behauptete noch Gesterding im Archiv f. d. civ. Praxis B. 2. S. 217 ꝛc., vornämlich gegen eine, wie es mir scheint, sehr verständige, nur nicht ganz befriedigende Erörterung von Weber (üb. d. Verbindlichk. z. Beweisführung) über diesen Gegenstand, daß stets der die Bedingung behauptende diese beweisen müsse, und ein andrer Verfasser in ders. Zeitschrift B. 4 S. 23 ꝛc. trat ihm, wenn ich den Aufsatz anders recht verstanden habe, und das Verständniß ist mir allerdings etwas schwer geworden, — im Grunde bey, nur daß er für deu Fall eines vergleichsweise bedingten Eingeständnisses die Sache etwas anders zu wenden gedachte, worüber sich denn aber Gensler in einem eignen Nachtrag S. 276 sehr ereiferte; dem seel. Manne darf man nichts Uebles nachsagen, nur leugnen läßt sich nicht, daß er Andersmeinende etwas stark anzuschnauben pflegte, ohne daß jemand doch gesehen haben will, daß Festreitende dadurch die Steigbügel verloren haben. Diese Schriftsteller bringen unsre Frage mit der Behauptung, daß ein qualificirtes Geständniß als eine Einheit oder als etwas Untheilbares zu betrachten sey,

in Verbindung. Diejenigen aber, welche diese Behauptung aufgestellt haben, sind, so viel ich habe bemerken können, wenig darüber im Klaren, was sie sich dabey zu denken hatten, und so mögen sie auch sehr unterschiedliche Gedanken darüber gehabt haben. War ihre Meinung die, daß wo ein Theil des Geständnisses vom Gegner verabredet werde, nun das Geständniß ganz und in allen Punkten für gar nicht geschehen zu achten sey, und daß man nicht vielmehr dasselbe erst in Gedanken in seine Bestandtheile aufzulösen habe, um gewahr zu werden, was davon erhalten und gebraucht werden könne, und was nicht; so war das gewiß ein Irrthum, denn sicher muß eine präliminäre Zerlegung z. B. schon deshalb oft geschehn, um nur zu erkennen, wie weit das Eingeständniß den Klaggrund, und in wie weit etwa eine Einrede treffe; wobey man sich jedoch immer zu hüten hat, daß dasjenige, was doch in Verbindung gesagt ist, nicht, indem man es für sich denkt und trennt, auf eine unnatürliche Weise endlich auseinander gerissen werde. Wir thun also wohl nicht ganz Unrecht, wenn wir jene Behauptung erst einmal als eine todte ganz bey Seite legen, es abwartend, ob sich künftig ein Sinn darbietet, der ihr wieder das Leben schenkt. Um voraus einige Anschauung zu gewinnen, wollen wir einen bestimmten Fall voranstellen.

> Ein Mann hatte seiner Frau einen beträchtlichen Theil seines Vermögens geschenkt. Nach seinem Tode kam es zwischen seinem Erben und der Frau zum Streit über diese Schenkung. Die Frau klagte auf die Schenkung, der Erbe gab die Schenkung zu, behauptete aber, es sey dabey die Bedingung gemacht worden: wenn sich entschiede, daß eine bestimmte dem Verstorbenen angehörige Person aus Rußland nicht zurückkäme, dann solle die Frau das haben. Die Klägerin leugnete die Bedingung ganz. Der Beweis war nun zu normiren.

Wir müssen hier nun aber in die Principien und Grund-

begriffe etwas zurückgehn, um festen Fuß zu gewinnen. An der oben erwähnten Weber'schen Erörterung kann das wohl mit Recht getadelt werden, daß sie das nicht gehörig gethan hat. Ueberhaupt thut man wohl, beyläufig gesagt, diesem Schriftsteller nicht Unrecht, wenn man sein Talent weniger in die Fähigkeit, die tieferen Gründe des Rechts hervorzuziehn und zu benutzen, als in einen richtigen Takt und die Fertigkeit setzt, im Einzelnen das Wahre sich gleichsam herauszufühlen, und dieß dann durch ein gefälliges Raisonnement zu unterstützen *). Indem ich nun versuche, dieser Sache eine festere Grundlage zu geben, darf ich mich durch die Besorgniß nicht irren lassen, daß Mancher ihm Bekanntes hören wird; denn es ist hier auch wahr, daß man nicht müde werden muß, die Wahrheit zu sagen, da der Irrthum immer neue Köpfe ansetzt.

Zuerst ist zu untersuchen, was das eigentlich im Munde führe, wenn jemand sagt, es sey eine Schenkung (wie im vorgelegten Fall), oder ein Kauf, eine Verpachtung, oder wie das Geschäft einen Namen haben mag, unter einer Bedingung geschlossen worden, diese sey aber *noch nicht* erfüllt worden. Ich sollte meinen, er sagt damit, das Geschäft sey noch niemals zu Stande gekommen, sey noch niemals wirklich abgeschlossen worden. Daß dieß richtig sey, läßt sich leicht daran erkennen, daß wenn A heute vor Gericht bekennen wollte, vor einem Jahre habe ich einen Kauf mit B geschlossen, und ihm die Sache für 100 abgekauft, ohne weiter etwas hinzuzusetzen, und er morgen sagen wollte, er habe die Sache damals nur unter einer gewissen Bedingung gekauft, die nicht erfüllt worden sey, er *mit sich selbst in Widerspruch gerathen würde*. Dasselbe aber auch erkennt

*) Man denke ja nicht, daß ich dieß gering anschlage, ich weiß zu gut, woher die vielen holen Theorien kommen, mit denen sich die Einfalt behilft, so gut es gehn will, als daß ich den Werth dieser Naturgabe verkennen könnte.

man wieder, wenn man tiefer in die Natur einer Suspensivbedingung eingeht. Bey dieser wird ja das ganze Geschäft, das Schenken, Kaufen, Pachten von einer künftigen ungewissen Thatsache rein abhängig gemacht. Tritt diese nicht ein, so ist nie eine Schenkung, ein Kauf, eine Pacht gewesen, tritt sie ein, so ist nun erst über die Existenz des Geschäfts entschieden, mag man die Wirkungen zurückziehn oder nicht, das Geschäft ist nun erst da. Das sind allbekannte Dinge, aber es fragt sich: was war denn vorher? Etwas muß doch gewesen seyn. Nichts andres als die rechtliche Möglichkeit, daß das Geschäft zu Stande kommen werde; und diese unterscheidet sich von der allgemeinen faktischen Möglichkeit, die noch früher da war, und unter allen die zum kaufen und verkaufen durch Besitz von Sachen und durch Geld oder Credit befähigt sind, Statt findet, lediglich darin, daß, von einer conditio potestativa hinweggesehn, es nicht mehr in dem Belieben der Parteien steht, ob das Geschäft künftig geschlossen werden soll, wenn die bedingende Thatsache eintreten wird.

Gehen wir nun weiter. Wer aus einem bestimmten Geschäft klagt, der legt ohne Zweifel seiner Klage die Behauptung zum Grunde, daß das Geschäft schon gegenwärtig abgeschlossen ist, daß es, wie in diesem Sinne vorkommt, ein negotium perfectum sey, es muß der Kauf ꝛc. wirklich gemacht seyn. Das ist nun aber gerade nicht der Fall, wenn unter einer Suspensivbedingung contrahirt worden, und über die Erfüllung noch nicht, oder über die Nichterfüllung schon entschieden ist. Es ist noch gar nicht gekauft, noch gar nicht geschenkt, noch gar nicht gemiethet, sondern es ist nur noch bloß verabredet, wie gekauft, wie geschenkt ꝛc. werden solle, wenn ꝛc., von einem bloßen pactum de contrahendo ist dieß lediglich durch die eventuelle Abschließung verschieden. — Dieß ist fürwahr keine Spitzfindigkeit, sondern es liegt ja ganz simpel und natürlich im Sinne der Parteien.

Wäre also das Geschäft bedingt, woraus man klagte, so würde auch nicht der mindeste Klaggrund vorhanden seyn, es würde an allem fundamentum agendi fehlen, und die Klage selbst für nichts seyn.

Folglich wenn der Beklagte behauptet, das bestimmte Geschäft, woraus der Kläger klagte, sey nur unter einer Suspensivbedingung eingegangen, so negirt er juristisch angesehn, den ganzen Klaggrund, wenn er auch dabey eine einzelne Thatsache eingesteht, die für sich nichts releviren kann *), nämlich daß unter ihnen etwas vorgefallen sey, wobey es auf ein solches Geschäft abgesehen gewesen, sonst müßte in dem Eingeständniß von Tractaten (der Kläger hat diese erzählt, wie sie vor sich gegangen, und behauptet, sie hätten das bestimmte Resultat geliefert, was der Beklagte aber verabredet) eine theilweise affirmative Litiscontestatio liegen. Hier leugnet der Beklagte eine definitive Abschließung des Geschäfts (nur eine eventuelle gibt er zu), und ohne diese ist gar kein Klaggrund, folglich muß der Kläger diesen, folglich muß er die definitive, d. h. die reine unbedingte (nicht etwa der Bekl. die bedingte eventuelle) Abschließung beweisen.

Keiner wird es leugnen wollen, daß dieß wenigstens eine sehr scheinbare Consequenz sey. Aber es wird eingewandt, daß hierin eine Petitio principii liege, um hier das Klagrecht aus dem Wege zu räumen, setze man ein negotium imperfectum voraus, und das sey ja grade streitig. Ich sollte doch nicht meinen: es wird hier nur kein perfectum negotium keine perfecta venditio, donatio ꝛc. vorausgesetzt, was jeder Klage aus demselben (jeder Klage aus einem Kauf, einer Schenkung ꝛc.) nothwendig zum Grunde liegen muß, es wird nicht

*) Dieß ist der Gesichtspunkt hier, nicht die Untheilbarkeit, denn allerdings ein bedingtes Geschäft, also eine eventuelle Schenkung ꝛc. hat er zugegeben, und so weit dieß releviren könnte, mußte es zum Grunde gelegt werden.



vorausgesetzt, **weil der Beklagte es negirt.** Daß eine Bedingung so wenig wie eine andre Clausel zum Wesen eines Geschäfts gehöre, ist gewiß, vielmehr es gehört zum Wesen eines Geschäfts, **damit es gegenwärtig existire**, damit es klagbar sey, daß es ohne Bedingung geschlossen worden, oder daß die Bedingung schon eingetreten sey, denn sonst ist es in seinem Wesen noch gar nicht vorhanden, sondern nur noch in dem oben entwickelten Sinne **rechtlich möglich**, und daraus kann kein Recht und keine Klage, wie aus dem Geschäft selbst, zustehen, das einzige Recht was hier noch gedacht werden kann, ist das beiderseitige Recht auf diese Möglichkeit, daß ein Kauf, eine Schenkung, eine Pacht entstehe, und wie könnte dieß schon ein Recht **aus** einem Kauf, **aus** einer Pacht ꝛc. seyn, wie könnte hier auch nur eine actio emti, venditi, locati, conducti, **irgend seyn**, wenn auch nur noch, wie bey einem dies adiectus, nicht anstellbar? Gewiß eben so wenig als ein die hereditatis petitio begründendes Erbrecht, wenn nur noch deferirt worden, obgleich hier doch auch, nur in einem etwas verschiedenen Sinn, eine rechtliche Möglichkeit ist, jenes Recht zu erlangen.

Folglich ist mit der Behauptung einer bedingten Abschließung dem Kläger Alles wesentliche negirt.

Unmöglich kann es da nun einen Unterschied machen, wenn der Beklagte gesagt hat, ich muß gestehen, »ich habe geschenkt, gekauft ꝛc., aber ich habe eine Bedingung gemacht, und die ist nicht erfüllt« hätte er heute jenes (»ich muß bekennen, ich habe geschenkt ꝛc.«) und morgen dieses (»ich habe nur bedingt geschenkt«) vorgegeben, so würde er sich, wie gesagt, widersprochen haben; sagt er aber beides in einem Athem, so muß offenbar der Richter diese vulgäre *) Art zu

*) Ich will damit nicht sagen, daß auch nicht ein Jurist einmal so sprechen kann, denn es wäre pedantisch immer auf technische Genauigkeit auszugehn, und in einem gewissin Sinne wäre jenes auch ganz richtig gesprochen.



reden in einem juristischen Sinne auffassen, und so heißt das nichts anderes, als ich habe noch gar nicht geschenkt, gekauft, sondern wir sind nur übereingekommen, daß künftig geschenkt, oder auf bestimmte Weise dereinst gekauft seyn sollte, wenn sich das Bestimmte so ereignen würde. In diesem Sinne darf man wohl sagen, das Geständniß sey untheilbar, denn allerdings darf der Hauptgedanke nicht so zerspalten werden, daß er juristisch ein ganz andrer wird, und daß die Stücke sich gar nicht wieder zusammenfinden können.

Treten wir einmal ganz aus der ratio iuris heraus, und nehmen wir die Sache wie sie auf der Hand liegt, so, dünkt mich, muß sich dasselbe kund geben. Denn wollte man annehmen, in einem solchen Fall müßte allemal der Beklagte die Hinzufügung der Bedingung beweisen, so würde folgen, daß wer einen bedingten Contract geschlossen hätte, und nun daraus, ehe die Bedingung erfüllt oder gar nachdem über ihre Nichterfüllung entschieden wäre, belangt würde als hätte nie eine solche im Contract existirt, den dringendsten Grund hätte, sobald er nur irgend seinen Beweismitteln, vielleicht ganz ohne seine Schuld, mistrauen müßte, nicht bloß die Unbedingtheit und somit die endliche Abschließung des Geschäfts, sondern auch die eventuelle Abschließung, kurz alles Geschäft zu leugnen, ja es würde ihm schon dann nicht zu verdenken seyn, wenn er nach geführtem Beweise eine Compensation der Kosten fürchten müßte. So würde in der der unsrigen entgegengesetzten Ansicht eine Nöthigung zur Unredlichkeit liegen.

Auf der andern Seite kann der natürliche Verstand, wie es scheint, nur den Einwand zu machen haben — und dieses ist vielleicht oft schon ein Motiv gewesen, die Sache umzustellen, — daß es doch unbillig, ja ungereimt seyn kann, von dem, der den Contract behauptet, zu verlangen, daß er das Nichthinzufügen einer bestimmten vom Gegentheil be-

haupteten Bedingung beweise. Wenn auch ein negativer Beweis nicht unmöglich ist, so ist es doch kein Glück darauf zu stoßen, und ein Recht, was oft und durchgängig auf negative Beweise führte, würde eben nicht erbaulich seyn. Aber das ist auch gar nicht die Meinung. Wer aus einem Contract klagt, soll darthun, daß dieser Contract zu Stande gekommen, daß er endlich abgeschlossen, perficirt sey, er muß also die Thatsachen darthun, woraus dieß folgt, dabey wird sich denn von selbst ergeben, ob eine Bedingung, ob mehrere, welche? oder ob gar keine gemacht worden, die der definitiven Abschließung hätten im Wege stehen können. Natürlicher Weise kann hier kein so reiner mathematischer Beweis verlangt werden, daß gar keine Möglichkeit und Denkbarkeit übrig bleibe, es sey doch vielleicht eine Bedingung, wenn auch nur tacite gemacht worden; eben so wenig als bey der rei vindicatio der Kläger, der das Eigenthum zu beweisen hat, es außer allem Zweifel setzen muß, daß noch in diesem Augenblick das Eigenthum sich in seiner Person befinde. Alle Beweismittel müssen hier auch zulässig seyn, nur des qualificirten Geständnisses kann er sich nicht bedienen, denn in diesem liegt grade, wie wir gezeigt haben, die Negation des Abschlusses. Kann er ein Document über das Geschäft, worin der Bedingung nicht erwähnt wird, vorzeigen, so hat Weber ganz Recht, daß dieß hinreiche, aber dieß gehört gar nicht zu der Frage, wem die Beweislast zukomme, dem der die Bedingtheit oder dem der die Unbedingtheit behaupte; sondern zu der, wie viel der zu beweisen habe, der den Abschluß und mithin die Unbedingtheit behauptet. Dieß ist auch gar nichts besondres, denn es ist nichts andres als das Obige, da einer heute den Contract ohne weiteres zugibt, und morgen die Bedingung seinem Geständniß hinzufügt. Denn wenn es heißt: ich kaufe dir die Sache für 10 ab, oder ich schenke dir die Sache, und nun nichts weiter, so wird keiner glauben, daß noch eine Bedin-

gung im Hintergrunde lausche, so lange dieß nicht besonders nachgewiesen war, z. B. durch einen Revers: in der Schrift liegt also ein Eingeständniß des reinen Abschlusses, und dieses muß vorerst beweisen. Es ist das aber auch nichts Eignes an einer Schrift, denn es kann auch, wenn gleich seltner, ohne diese vorkommen, z. B. zwey schließen einen mündlichen Kauf, ein dritter ist dabey und entfernt sich, wie sie schon eingeschlagen, ehe jene aber auseinander gehn, machen sie eine Bedingung aus. Jenes kann der dritte als Zeuge aussagen, dann muß dieses noch besonders bewiesen werden von dem, welcher der Bedingung wegen den reinen endlichen Abschluß bestreitet. Es kann auch so seyn, daß der Zeuge die Bedingung überhört hat, dadurch kann der andre in den Fall kommen, über den Zusatz den Eid deferiren zu müssen. Gesetzt jemand schloß den Contract mündlich, ohne Zeugen, er hat aber Einem oder Mehrern in der Folge selbst gesagt, daß er die Sache an X verkauft, verschenkt habe, ohne einer Suspensiv-Bedingung zu erwähnen, so kann sich daraus ein Beweis des reinen Abschlusses bilden, vielleicht vollständig, vielleicht so daß der Kläger zum Suppletorium zu lassen ist, falls nicht der Beklagte die Bedingung *) durch einen directen Gegenbeweis darzuthun im Stande ist.

Ziehen wir nun unsern Fall herbey; so würde der Klägerin nicht der Beweis aufzulegen seyn,

> daß die Schenkung nicht unter der Bedingung, wenn die Person aus Rußland nicht zurückkäme, geschehen sey,

sondern der ihr zukommende Beweis würde darauf zu stellen seyn,

> daß wirklich eine Schenkung zum endlichen Abschluß gekommen sey,

oder wie man das sonst ausdrücken will. Aus der Führung dieses Beweises mit seinem Gegenbeweise wird sich denn schon erge-

*) Sie könnte auch tacite hinzugefügt seyn, Beweis ausdrücklicher Hinzufügung ist nimmermehr absolutes Erforderniß.

ben, wie sich die Sache eigentlich verhalte. Kann die Klägerin Schrift, Zeugniß, Eingeständniß (nur das qualificirte ist keines) beybringen, daß geschenkt worden, ohne daß dabey von irgend einer Bedingung etwas vorkommt, so ist das genug. Es könnte ja auch seyn, sie thäte dar, daß die Bedingung resolutiv gemacht worden, und darüber noch zu entscheiden sey, oder daß sie den Umständen nach gar nicht oder nicht suspensiv zu denken sey. Endlich wäre ja auch noch möglich, daß sie die Erfüllung der Bedingung, so weit diese wirklich Statt gehabt, darthun könnte, das wäre auch Abschluß der Schenkung, weiter braucht sie nichts zu beweisen.

Nach dieser Vorstellung der Sache ist vor ungefähr anderthalb Jahren hier im Spruchcollegium ein Fall einstimmig entschieden worden; doch muß ich ausdrücklich bemerken, daß ich die Umstände verändert habe, um alles mehr zusammenzurücken, und das für unsre Frage Unbedeutende abzuschneiden. Um so mehr versteht es sich von selbst, daß das Collegium für diese meine Ausführung nicht herzukommen hat.

(Wird fortgesetzt.)

Einige Bemerkungen über juristische Handschriften zu Prag und über das ältere Böhmische Recht.

Von

Herrn Professor Gaupp in Breslau.

Während eines sehr kurzen Aufenthaltes zu Prag im Herbst 1827, suchte ich mich besonders über das ältere böhmische Recht etwas näher zu unterrichten. Sehr vortheilhaft war mir dabei der Umgang mit dem gelehrten Hanka, der in den Ländern slavischer Zunge als vielseitiger Alterthumsforscher, namentlich als Auffinder und Herausgeber der berühmten Königinhofer Handschrift bekannt ist. Seine Anstellung als Bibliothekar bei dem seit 1818 zu Prag errichteten böhmischen Nationalmuseum kam mir vielfach zu Statten und seine stets gleiche, zuvorkommende Gefälligkeit kann ich gar nicht genug preisen.

Die wenigen folgenden Zeilen bitte ich nur als flüchtige Reisebemerkungen anzusehen Das über das ältere böhmische Recht Mitgetheilte dürfte wenigstens den meisten Lesern neu seyn, und vielleicht auch hier und da einiges Interesse erwecken, da ja durch das Werk des Staatsrathes Ewers über das älteste Recht der Russen und durch die bekannte in den öffentlichen Blättern mitgetheilte Preisaufgabe der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften zu St. Petersburg, die Aufmerksamkeit auf das ältere Recht der slavischen Völkerschaften neuerdings hingezogen und eine große Aussicht für die vergleichende Jurisprudenz eröffnet worden ist.

Das Handschriften- und Urkundenzimmer des Museums bewahrt auch außer der Königinhofer Handschrift, welche dem Fremden gewöhnlich zuerst gezeigt wird, noch gar manche Merkwürdigkeit. Sehr zu bedauern ist es, daß im Jahre 1780, wo Kaunitz den großen Urkundenschatz von der Feste Karlstein nach Wien bringen ließ, weder von diesem Minister noch von

Rheinisches Museum

für

Jurisprudenz.

Herausgegeben

von

F. Blume, J. C. Hasse, G. F. Puchta
und Ed. Puggé.

Dritten Jahrganges zweites Heft.

Bonn,
bei Eduard Weber.
1829.

Inhalt.

den böhmischen Ständen für zurückzubehaltende Abschriften dieser so wichtigen Reichsdiplome gesorgt worden ist. Da man es am Hofe für nöthig hielt, die Originalien in der Nähe zu haben, so hätte man dem Lande wenigstens Copien lassen oder dieses selbst für solche bedacht seyn sollen. Was könnten dieselben nicht jetzt für eine Zierde des Nationalmuseums seyn. Uebrigens war es mir auffallend, die Diplomatischen Beiträge zur Untersuchung der Schlesischen Rechte und Geschichte, (von Böhme), in denen bekanntlich (Thl. V. S. 62 — 84) auch ein Verzeichniß einiger Briefe, so auf dem Karlstein befindlich, größtentheils aus Balbin. Miscellanea historica Regn. Boh. entlehnt steht, in Böhmen ziemlich unbekannt zu finden.

Von Handschriften interessirten mich natürlich zunächst die juristischen, und folgende sind hier besonders zu nennen:

1. Ein treffliches Manuscr. membr. des Codex Justin. (novem priores libri) mit Glosse, in Fol., der Schrift nach zu urtheilen, aus dem 14. Jahrh.

(Zwei andre Handschriften des Cod. Justin. sollen sich in der Bibliothek des Domcapitels befinden, zu welcher aber der Zutritt nach vielen übereinstimmenden Aussagen theils durch die Unzugänglichkeit der Vorsteher, theils durch fingerdick liegenden Staub sehr erschwert ist. Da sich der sogenannte Bibliothekar während meines Prager Aufenthaltes auf dem Lande befand, so mußte ich die Hoffnung, etwas davon zu sehen, gänzlich aufgeben.)

2. Zwei treffliche Codices membr. des Decretum Gratiani, mit Glosse, in Fol., wahrscheinlich auch dem sec. 14 angehörig. Der eine derselben ist durch schöne Malereien ausgezeichnet, in dem andern steht geschrieben: Iste liber est monasterii sancti Apollinaris in Saczka. Canonicorum regularium.

3. Ein Cod. membr. des liber sextus Decretalium, mit Glosse, in Fol., sec. 14.

Alle diese Handschriften mit mehreren andern minder wichtigen haben sich nach Hanka's Mittheilungen früher auf der dem Fürsten Colowrat gehörigen arx Brzeznizensis befunden. Dorthin waren sie schon in den Hussitenkriegen von mehreren Klöstern geschafft worden, um sie gegen die Verwüstungen der Zeit zu sichern, und dort sind sie geblieben, bis man sie neuerdings in das Museum gebracht hat.

4. Zwei Pergamentblätter in 4. mit einem Bruchstücke des Dalemil, die ältesten handschriftlich erhaltenen Fragmente desselben.

5. Acht Handschriften auf Papier, größtentheils in 4. und mehrentheils erst dem sec. 15. angehörig, theils alt böhmische Rechtsquellen, von denen bei weitem die meisten böhmisch, einige aber auch lateinisch abgefaßt sind, theils deutsche ins Böhmische übersetzte Rechtsquellen enthaltend. Einige Bemerkungen über die wichtigsten Stücke in diesen Handschriften, welche aus verschiedenen Bibliotheken und Archiven des Landes neuerdings in dem Museum vereinigt worden sind, werden unten folgen. Zunächst ein Paar Worte über den Rechtszustand Böhmens im Mittelalter überhaupt.

Auch in Böhmen beruhten Recht und Gerichtswesen während des Mittelalters hauptsächlich auf der Gewohnheit, nur scheint es den slavischen Staaten eigenthümlich gewesen zu seyn, daß auch das Privatrecht schon sehr frühzeitig in den Kreis der von dem Könige mit den Ständen ausgeübten Gesetzgebung hineingezogen wurde. Ein großer Gesetzgebungsversuch, den Karl IV. mit seiner viel zu wenig gekannten Majestas Carolina unternahm, scheiterte; die Stände nahmen dieses Gesetzbuch nicht an, theils wohl weil es allzuviel Gewalt in die Hände des Königs legte, und bei einem dem Lande minder wohlgesinnten Herrscher als Karl IV. war, leicht Anlaß zu Mißbräuchen geben konnte; theils weil es neben den alten Gewohnheiten und königlichen Gesetzen auch gar manches Fremdartige aus dem römischen Rechte enthielt. Eben darauf beriefen sich auch die Stände bei ihrer Weigerung, und so halte ich es trotz der entgegengesetzten Ansicht von Adaucr Voigt (Ueber den Geist der böhmischen Gesetze u. s. w. S. 140. 149) für gar nicht so unwahrscheinlich, daß der berühmte italiänische Jurist Bartolus a Saxoferrato, welcher sich geraume Zeit in Prag aufhielt und hohes Vertrauen bei Karl IV. genoß, wenn gleich nicht der eigentliche Verfasser, doch ein Haupttheilnehmer bei dieser Arbeit gewesen sey. Erst viel später kam es zu einer umfassenden böhmischen Gesetzgebung in der sogenannten Landesordnung, von der ich hier nur die verschiedenen Ausgaben angeben will.

I. 1500 in 4. II. 1530 in 4. III. 1534 in 4. IV. 1538 in 4. V. 1550 in Fol. VI. 1564 in Fol. VII. 1565 in Fol. VIII. 1579 in Fol. IX. 1594 in Fol. Ein Auszug 1583 in 12. Die Erneuerte Landesordnung 1627, und 1701 in Brünn. Die deutsche Uebersetzung von Sturba ist schlecht, und liederlich gedruckt.

Auch in Böhmen half man sich während des Mittelalters mit Rechtsbüchern, aber auch hier muß man unterscheiden Landrecht, Lehnrecht und Stadtrecht.

Die Städte hatten hier wie in Deutschland ihre eigenthümlichen Statuten und Privilegien, und in vielen Städten des ganzen nördlichen Gränzstriches erhielt das sächsische, namentlich das magdeburgische Recht, Eingang. Das wichtigste unter diesen Stadtrechten dürfte aber immer das Prager seyn, von welchem sich, wie mir Dobrowsky sagte, ein alter, deutsch geschriebener Codex in der Bibliothek des Prager Domcapitels befinden soll, und welches sich böhmisch abgefaßt in mehreren der oben genannten acht Handschriften befindet. Besonders unter den Luxemburgischen Königen wurden der Hauptstadt des Landes eine Menge von Privilegien ertheilt und zu diesen gehörten dann freilich sehr oft auch Beschränkungen des, immer so leicht wachsenden Einflusses der Deutschen. Dennoch aber sind selbst in dieses Stadtrecht sehr viele deutsche Bestandtheile, ja mehrere wörtlich aus dem Sachsenspiegel übersetzte Stellen hineingekommen, namentlich der Art. 45 des 3. Buches, von aller Leute Wehrgeld und Buße. Hanka, der diesen Artik. wiederholt gelesen hatte, und sehr gern gestand, über den Schatten eines Mannes, den man Spielleuten und allen denen, die sich zu eigen geben, zu Buße giebt, oder den Blick von einem Kampfschilde gegen die Sonne, den man Kämpfern und ihren Kindern zur Buße giebt, völlig im Unklaren zu seyn, konnte sich nicht genug verwundern, als ich ihm das deutsche Original in einer Zobelschen Ausgabe des Sachsenspiegels aufsuchte und den Inhalt erklärte. Aus einer Menge polizeilicher von Johann von Luxemburg für Prag gegebenen Verfügungen will ich doch einige hier beifügen:

1. Es soll kein Bürger eine theurere silberne Schärpe tragen, außer im Werthe für zwei Mark und sein Weib für eine Mark. 2. Wenn der Bürger Gäste einladet, so soll er nicht mehr Speisen geben, als vier Speisen zum Mittag- und drei zum Abendessen. 3. Wenn der Bürger eine Hochzeit feiert, so soll er nicht mehr Gäste haben, als Bürger zu einem und Frauen zum andern Tische. 4. Es darf kein Deutscher ein Richter in der Stadt Prag werden, auch darf er bei keinem Amte sitzen. 5. Es darf kein Deutscher auf dem Ringe ein Haus kaufen, und die Rathsherrn sollen das nicht zulassen, sondern er soll kaufen in der deutschen Colonie, welche heißt bei dem heiligen Benedict. 6. Es darf Niemand in der Stadt das Schweidnitzer Bier schenken, außer in der Stadt ein einziges Haus.

Im Lehnrechte (prawa manska) scheint Böhmen das Meiste von Deutschland gelernt zu haben. Besonders war das schwäbische Lehnrecht verbreitet, und Karl IV. veranstaltete auch

eine böhmische Uebersetzung desselben. (Voigt über den Geist der böhmischen Gesetze S. 142.) Die von mir gesehenen Codices des Lehnrechts enthielten bloße Uebersetzungen der deutschen Lehnrechtsbücher ins Böhmische.

Ohne Zweifel sind auch die deutschen Landrechtsbücher in Böhmen gebraucht worden; wenigstens sind böhmische Uebersetzungen des Sachsen- und Schwabenspiegels gar nichts Seltenes und unter jenen schon oben genannten acht Handschriften sah ich eine solche vom Schwabenspiegel mit der böhmischen Ueberschrift: Kaiserrechte, deren sich bedienen die Ritterschaft und die Städte in der ganzen Christenheit. Auch das fälschlich sogenannte und bei Böhme abgedruckte Schlesische Landrecht oder den vermehrten Sachsenspiegel fand ich in zweien von jenen acht Codices böhmisch übersetzt und in einem so wie bei Böhme in sechs Bücher, im andern in sieben Bücher abgetheilt.

Am wichtigsten aber sind einige echt böhmische Rechtsbücher, ein böhmisches Landrecht, ein Commentar über das böhmische Landrecht von Andreas von Duba, und eine böhmische Gerichtsordnung. Diese Rechtsbücher, die noch niemals gedruckt worden sind, wird hoffentlich Hanka der gelehrten Welt bald bekannt machen, und es läßt sich auch jetzt schon im Allgemeinen voraussagen, daß die Kenntniß des slavischen Rechts überhaupt und die vergleichende Jurisprudenz dadurch sehr viel gewinnen werden. Mit diesen Rechtsbüchern hat es folgende Bewandniß.

1. Es giebt ein alt böhmisches Landrecht (zemske prawo czeske), dessen Verfasser gänzlich unbekannt ist, über dessen hohes Alter aber gar kein Zweifel obwalten kann. Wahrscheinlich fällt seine Entstehung ins 13te Jahrhundert, welchem ja auch Deutschland seinen Sachsenspiegel verdankt. An dem Ende dieses Landrechts ist in den Handschriften gewöhnlich bemerkt: Dieses ist das Landrecht, welches bei dem Herrn von Rosenberg gefunden worden ist; eine Aeußerung, die zu sehr verschiedenen Hypothesen Anlaß geben kann, deren genaue Beziehung aber ebenfalls nicht bekannt ist. Von diesem Rosenbergischen Landrechte, wie wir es nennen dürfen, giebt es in Böhmen eine beträchtliche Anzahl von Handschriften. Für die älteste bis jetzt bekannt gewordene hält Hanka einen Cod. membr., welcher sich in der sogenannten Lehntafel, d. h. in dem Rathhause der Prager Kleinseite (Praga minor) befindet, und außer diesem Landrechte nichts als eine Sammlung lateinisch geschriebener Rechtsfälle in sich begreift. Diesen Codex wird Hanka bei der Ausgabe des Landrechts zu Grunde legen,

und ich habe ihn dringend gebeten eine lateinische Uebersetzung beizufügen. Im Ganzen hat derselbe noch acht andre Handschriften verglichen, von denen mehrere zu den acht oben genannten Handschriften des Nationalmuseums und zwei dem Fürsten Lobkowitz gehören, eine aber und zwar ein vortrefflicher Cod. membr. in Fol. sec. 14. auf dem Altstädter Rathhause in Prag aufbewahrt wird. Diesen letzten Codex, den Hanka grade zur Privatbenutzung in dem Museum hatte, lernte ich genauer kennen, und von ihm wird bald noch mehr die Rede seyn.

2. Es giebt zweitens eine Art von Commentar zu dem alt böhmischen Landrechte, von Andreas von Duba, welcher unter Karl IV. oberster Landrichter in Böhmen war, böhmisch abgefaßt, und zur Belehrung für Karls Sohn, Wenzel IV., wie er in der böhmischen Geschichte heißt, bestimmt. Dieser Commentar steht in den Handschriften mehrentheils mit dem Landrechte zusammen, fehlt aber noch in dem oben bemerkten Codex der Lehntafel, was außer andern Gründen mit für das hohe Alter dieses Codex spricht. Dagegen steht dieser Commentar sehr schön geschrieben und etwas über 20 Blätter in Fol. einnehmend, in der schon genannten Handschrift des Altstädter Rathhauses, (in welcher das Landrecht etwas über 17 Blätter in Fol. beträgt), und eben diese Handschrift wird Hanka bei der Ausgabe dieses Commentars zu Grunde legen. Auch hier habe ich dringend um eine lateinische Uebersetzung gebeten.

3. Es giebt drittens eine böhmische Gerichtsordnung, welche ebenfalls von Andreas von Duba verfaßt seyn soll, obwohl ich dagegen manche Zweifel hege und sie für älter als das 14te Jahrh. halten möchte. Gewöhnlich steht auch diese in den Handschriften mit dem Rosenbergschen Landrechte und dem Commentar des Andreas von Duba zusammen. Bei der Ausgabe wird Hanka auch hier den Codex des Altstädter Rathhauses zu Grunde legen, worin diese Gerichtsordnung im böhmischen Original etwas über 14 Blätter in Fol. einnimmt. Hinter der böhmisch geschriebenen Gerichtsordnung steht aber in diesem Codex auch eine lateinische Uebersetzung derselben auf 17 Blättern, und diese wird Hanka ebenfalls mit abdrucken lassen. Gleich hinter dem böhmischen Original heißt es: „Sequitur processus in ydiomate latino. de capite fratris uel alterius persone amicorum. secundum jus terre Boemie“ und dann am Ende: „Expliciunt processus tabularum terre de citacionibus diversis.“ Unter vielen ganz ungemein interessanten Artikeln griff ich folgende aus der Mitte heraus,

da mir die Kürze der Zeit keine Abschrift des Ganzen erlaubte und ich auch Hanka hierin nicht vorgreifen wollte.

Sequitur de allapa. Item si in presencia domini Regis aut coram Judicio Pragensi par pari alapam dederit. tunc statim idem percussus eidem percutienti cum suo palmo unam alapam ad utramque maxillam et cum pugno ad nasum unam plagam dare debet. Si uero magnifice nobilis (ohne Zweifel ein dem deutschen Sempercfrei sehr ähnlicher Begriff) i. e. Slechticz wladykoni aut ciui allapam dederit. tunc idem percutiens duas allapas et unam percussionem ad nasum ab eodem percusso ut premissum est debet sustinere. Si autem wladika slechticzoni aut Ciuis Wladiconi uel Slechticzony alapam dare presumpserit. tunc eidem percutienti mox manus debet amputare. Et deinde inter ipsos sic se percutientes caucio fidejussoria sufficiens ponatur. quod de cetero se pro eo non debeant perturbare. Si uero rusticus id est Chlap aliquem ex predictis superioribus se allapisauerit. tunc idem alapisatus de eodem rustico facere debet prout sibi uidebitur melius expedire.

Pater citat si quis filiam ejus rapuit virginem. Si quis pater aliquem in judicio conuenire uoluerit pro eo quod filiam ejus uirginem rapuit. Id trina citacione et aliis notificacionibus premissis in judicio querelam suam proponet. Et si tunc citatus dixerit. quia eandem filiam de ejus consensu et bona uoluntate recepit. et hoc uolo probare sicut michi jus terre inuenerit. Tunc tenetur plebanum uel ejus uicarium qui eos copulabat producere in testem. qui juratus super euangelium dicet ueritatem si affuerit consensus filie ejusdem quando eos copulauit. Et si pater dixerit. adhuc non credo eam consensisse. sed peto quod statuatur eadem rapta coram uobis. ut ab ipsa audiatis si ejus affuerit assensus. Tunc eadem de jure statui debet infra sex septimanas et locari in claustro ad sanctum Georgium in castro Pragensi aput moniales. ut expectet ibi judicium primum. in quo judicio stans inter scampna. interrogata de premissis. si confessa fuerit se eum uoluntarie recepisse in maritum. Tunc pater eidem filie et ejus marito citato predicto mox capita manu propria debet amputare. Si uero ipsa negaverit. dicens in eum non consensisse. tunc ipsamet caput amputabit suo marito eidem. Si uero ipse citatus non comparuerit. tunc contra eundem tamquam pro capite obtento procedetur-

De uidua. Uerum si eadem rapta fuerit uidua. et tempore Judicii si ipse citatus dixerit, de ejus consensu

ipsam recepi. tunc eandem statuere debet coram Beneficiariis majoribus. qui Beneficiarii assignare ei debent terminum duorum dierum. ut deliberet et dicat si in eum tamquam in maritum consensit. Et si eandem cum uoluntate ejus recepit. et si tunc post duos dies predictos eadem dixerit in eum consensisse. tunc idem citatus absoluitur ab accione actoris. quia licitum est uiduis ducere maritos quos uolunt. et eandem raptam idem citatus habere debet pro uxore. sed dotem ipse et ipsa perdidit. ita quod eandem in presentibus repetere non debet. Si uero ipsa rapta in predicta sua confessione dixerit. quia sit sine ejus uoluntate. tunc statim eidem rapienti citato ipsamet caput tenetur amputare. et redire ad dotem suam. Si uero ipse citatus in termino non comparens aut per alium modum causam perdiderit eandem. tunc procedetur contra eum sicut qui caput amisit.

Schwerlich kann ein solches barbarisches Recht, worin Weiber so oft als Kopfabschneider auftreten, noch im 14ten Jahrhundert practisch gewesen seyn, und wegen dieser und ähnlicher Züge möchte ich die ganze Gerichtsordnung in eine frühere Zeit setzen. Auch hier hat sich übrigens gar manches Deutsche eingemischt, wie mir denn namentlich die Beschreibung eines duellum deutschen Ursprung zu verrathen schien, und auch des Kampfes zwischen einer Frau und einem in einer Grube (in fovea) stehenden Manne geschieht darin Erwähnung. Bei weitem das Meiste aber ist gewiß uraltes slavisches Recht und die mitgetheilten Stellen dürften wohl interessant genug seyn, um die Freunde von solchen Studien auf das Ganze begierig zu machen.

Aus dem reichen Inhalte der Handschrift des Altstädter Rathhauses bemerke ich noch:

1. Das Iglauer Stadtrecht, lateinisch abgefaßt. Incipiunt statuta ciuilia Ciuium Ciuitatis Yglauensis a uiris prudentibus inuenta et regalibus priuilegiis confirmata. Acht Blätter in Fol. Expliciunt jura et priuilegia ciuium ciuitatis Yglauiensis.

2. Das merkwürdige Iglauer Bergrecht, ebenfalls lateinisch. Jam incipiunt Jura Moncium et Montanorum ad mensurandum montes. Zwei Blätter in Fol. Expliciunt jura ciuium ciuitatis Yglauiensis. Amen.

(Beide sind gedruckt bei Dobner Monumenta Bohemiae Tom. IV. pag. 205 sq. zu finden. Doch dürfte dieser treffliche Prager Codex eines neuen Abdruckes wohl werth sein.)

3. Das Stadtrecht von Brünn, lateinisch abgefaßt. Hic jam notantur priuilegia et Jura Ciuium de Brunna. Vier Blätter und eine Seite. Expliciunt jura seu statuta Ciuium Ciuitatis Brunensis et cetera. Amen.

4. Das Stadtrecht von Prag, böhmisch abgefaßt, etwas über 51 Blätter einnehmend.

Als ein ganz besonders wichtiges Moment in der juristischen Litterärgeschichte Böhmens verdient noch hervorgehoben zu werden das um das Jahr 1492 ausgearbeitete, und also der ersten Ausgabe der Landesordnung nicht lange vorausgehende Werk von Victorin Cornelius von Wsshrd. Von diesem nämlich, einem ehemaligen öffentlichen Lehrer der Rechte an der Prager Universität, hernach Secretär des Königs Wladislaw und dann Landschreiber bei der königlichen Landtafel, wurden die Landesgesetze gesammelt und in acht Büchern erläutert. Er widmete die Schrift dem Könige Wladislaw, welcher große Zufriedenheit darüber äußerte. Aber auch dieses Werk, von welchem Faustinus Prochaska, ein ehemaliger Paulaner, in seinen Miscellaneen der böhmischen Litteratur B. I. S. 189 folg. ausführlich gehandelt hat, und welches ungemein reichhaltigen Inhalts seyn soll, ist trotz öfters wiederholter Anträge auf den Landtagen, noch niemals gedruckt worden. (Voigt a. a. O. S. 184. 185.) Prochaska hat vier Handschriften desselben mit einander verglichen, und Hanka nannte mir deren fünf, deren zwei die Universitätsbibliothek besitzt, eine dem Fürsten Kinsky, eine dem Fürsten Colloredo gehört, und eine sich in dem Nachlasse eines verstorbenen Baron Stensch befinden soll; es ist mir aber freilich nicht bekannt, ob unter diesen fünf und jenen vier Handschriften nicht etwa theilweise die nämlichen gemeint seyn mögen.

Unter den Schriften über die böhmische Rechtsgeschichte dürfte immer noch das öfters genannte Werk von Adauct Voigt den ersten Platz behaupten. Da der Verfasser gar kein Jurist war, so verdient es wohl Anerkennung, daß er ein Buch zu schreiben vermochte, welches sich damals (1788) die Würde einer Preisschrift erwarb; dennoch ist es gewiß, daß sich der Mangel einer tieferen juristischen Grundlage wiederholt in dieser Schrift offenbart. Nur die erste Hälfte des ganzen Werkes ist gedruckt, das Manuscript der zweiten wird in der Universitätsbibliothek zu Prag aufbewahrt.

Ueber das Cincische Gesetz

von

Herrn Professor Unterholzner in Breslau.

(Fortsetzung.)

III. Rechtliche Folgen gesetzwidriger Schenkungen.

§. 9. Es darf nicht angenommen werden, daß eine das Maaß des Cincischen Gesetzes übersteigende Schenkung, auch wenn sie durch vollständige Vollziehung vollkommen rechtskräftig (perfecta) geworden war, noch einen Widerruf verstattete (vgl. H. 226.): es genügte dem Cincischen Gesetze, bei solchen Schenkungen das Eintreten der vollen Rechtsbeständigkeit erschwert zu haben (vgl. §. 5.) [36]. Nur bei den Freigelassenen trat eine auf besonderen Gründen beruhende Ausnahme ein (Vat. §. 272.). Was nun aber die nicht zur vollkommenen Rechtsbeständigkeit gelangten Schenkungen anbetrifft; so sind sie zwar nicht schlechthin ungiltig, und können auch unter gewissen Umständen leicht die volle Rechtsbeständigkeit erlangen (vgl. §. 12.), aber sie werden doch bei der gerichtlichen Verfolgung so behandelt, als ob sie ganz unwirksam wären. Offenbar hat nämlich das Cincische Gesetz die den Anforderungen desselben nicht entsprechenden

36) Vat. §. 275. beweist nichts dagegen. Ich lese: »Contra (in der Hdschr. fehlt dieses contra: es braucht nur ein umgekehrtes c ausgefallen zu sein) perfectam donationem mutata voluntate donatoris, etsi parum gratus existat, cui dono res data est, minime contendi posse, saepe rescriptum est.« [H. 228. 229.]

Schenkungen keineswegs für kraftlos erklärt [37]). Es blieb mithin der den Gerichten vorgesetzten Obrigkeit (dem Prätor) überlassen, den Anordnungen des Gesetzes durch geeignete Mittel Wirksamkeit zu verschaffen [38]). Dieß geschah nun hauptsächlich durch die im prätorischen Edict aufgestellte legis Cinciae exceptio, statt deren auch eine in factum exceptio erwähnt wird [39]). (Vgl. H. 194.) Der Name »legis Cinciae exceptio« dürfte wohl nicht hinreichen, um den Schluß zu begründen, daß diese Einrede in dem Cincischen Gesetze ausdrücklich angeordnet gewesen sei. Dennoch zweifle ich nicht, daß man sie zu den exceptiones rechnete »quae ex legibus substantiam capiunt« und nicht zu denen »quae ex iurisdictione Praetoris proditae sunt« (Gai. IV. 118.): war sie ja doch wenigstens stillschweigend im Cincischen Gesetze begründet. Bei dieser exceptio ist merkwürdig, daß die Proculejaner meinten, es sei dem Geiste des Gesetzes angemessen, daß man bei den Klagen, die sich auf ungesetzliche Schenkungen gründen, einem Jeden aus dem Volke

37) Ulp. I. 1. » . . . . et si plus donatum sit, non rescindit.« (Vgl. Anm. 2.) Daß die Beziehung dieser Stelle auf das Cincische Gesetz, und die damit zusammenhängende Ergänzung richtig ist, wird dabei vorausgesetzt, was aber auch kein Bedenken hat. Vgl. §. 1.

38) In Beziehung auf diese Beschaffenheit des Cincischen Gesetzes wird dieses Gesetz von Ulpian als eine imperfecta lex aufgeführt. Vgl. die vorige Anm. (H. 244.)

39) Vat. §. 310. »Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione vel promissione; quoniam neque Cinciae legis exceptio obstat, neque in factum SI NON DONATIONIS CAUSA MANCIPAVI VEL PROMISI ME DATURUM. Idque et Divus pius rescripsit.« Die legis Cinciae exceptio mochte lauten: SI NON CONTRA LEGEM CINCIAM FACTUM SIT. Es kann bei genauerer Betrachtung nicht auffallen, daß in der Art, wie die in factum exceptio gefaßt ist, nichts von einem Maaße erwähnt wird. Nehmen wir an, daß diese Fassung der exceptio angewendet wurde, wenn die Gabe entschieden das Maaß überschritt (so daß es gar nicht zu einer Verhandlung in iudicio gekommen sein würde, wenn nicht geläugnet worden wäre, daß die Gabe eine Schenkung bezweckt habe); so erklärt sich dieser Mangel von selbst. Uebrigens wird man durch die zweierlei Formen der exceptio an die zweierlei formulae bei der depositi und commodati actio erinnert, von denen die eine in ius, die andere in factum concepta war. Gai. IV. 47.

erlaube, auf diese Einrede aufmerksam zu machen, wenn etwa der Verklagte selbst sich in einer Rechtsunkunde befand (Vgl. §. 199.) [40]. Es liegt übrigens in der Natur der Sache, daß die bei übermäßigen Schenkungen statt findende Berufung auf das Cincische Gesetz nur zulässig ist, wenn nicht die Forderung auf das gesetzliche Maaß beschränkt wird. Nur wenn das Gesetz die übermäßigen Schenkungen gradezu (ipso iure) für ungültig erklärt hätte, ließe sich das Gegentheil mit einiger Wahrscheinlichkeit behaupten: da aber die Mittel und Wege, wie das Cincische Gesetz vollstreckt werden sollte, dem Prätor überlassen blieben; so dürfen wir erwarten, daß dieser sich begnügt haben werde, zu thun, was durchaus nothwendig war, um der Forderung des Gesetzes zu genügen [41].

40) Vat. §. 266. »... nam semper exceptione Cinciae uti potuit non solum ipse, verum, ut Proculeiani contra Sabinianos (Cod. tabulas) putant, etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio ...« Popularis actio ist nämlich diejenige »qua ius suum populus tuetur.« (l. 1. D. de popular. act. 47. 23.): auf ähnliche Weise wird man sich also wohl eine popularis exceptio zu denken haben. Immer bleibt freilich der große Unterschied, daß die popularis actio dem Kläger einen Gewinn verschafft, während die popularis exceptio demjenigen, der sie aufruft, keinen Vortheil bringt, sondern nur dem Verklagten nützt: darum heißt es aber auch, die exceptio sei *quasi* popularis. Für diejenigen, welche diese Ansicht von der popularis actio auffallend finden dürften, bemerke ich: 1) Auch die französischen Cassationsgesuche im Interesse des Gesetzes werden denjenigen auffallen, die glauben, es müsse anderswo ungefähr eben so sein wie bei uns: sie sind aber doch eine wirklich geltende Einrichtung. 2) Man braucht auch gar nicht anzunehmen, daß die Ansicht der Proculejaner die geltende geworden ist. Diejenigen, welche etwa geneigt sein möchten, bei dieser quasi popularis exceptio an eine dem dritten Besitzer einer Sache zustehende exceptio zu denken, mache ich darauf aufmerksam, daß die ganze Stelle (Vat. §. 266.) nur von einer exceptio gegen die aus einer promissio donationis causa erhobenen Klage spricht.

41) Da nach l. 21. §. 1. D. de donatt. 39. 5. theils die auf Zurückgabe des Worts zu richtende Klage (vgl. §. 10. Nr. 2.) nur gerichtet werden kann in id quod supra legis modum (donator) tibi promisit, ita ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus,« theils auch das auf Herausgabe des Empfangenen zu richtende Zurückforderungsrecht beschränkt ist »in id quod supra legis modum tibi promisit«; so wäre dadurch auch für die legis Cinciae exceptio der Beweis geführt: wenn nicht die Möglichkeit einer bei Abfassung der Digesten vorgenommenen Aenderung als Zweifelsgrund sich darböte. Vgl. darüber §. 5.

Als Folge des plus petere konnte allerdings derjenige, der das Ganze foderte, das Ganze verlieren (arg. Gai. IV. 123.) (Vgl. H. 205. 206.) — Nach Umständen konnte die legis Cinciae exceptio auch in Gestalt einer replicatio gebraucht werden.

§. 10. Außer dieser exceptio kommen noch andere Mittel und Wege vor, wodurch die Zwecke des Cincischen Gesetzes erreicht würden, die inzwischen größtentheils bloße Folgen der legis Cinciae exceptio sind, indem es ein im römischen Recht feststehender Satz ist, daß eine obligatio, welcher eine perpetua exceptio entgegensteht, gewissermaaßen wie ein völlig ungültiges Schuldverhältniß behandelt wird (l. 25. D. de verb. obl. 45. 1.) 1) Wenn schon bei den in iure gepflogenen Verhandlungen klar ist, daß eine Schenkung den Vorschriften des Cincischen Gesetzes nicht gemäß ist; so bedarf es gar keiner legis Cinciae exceptio, sondern es wird der Kläger abzuweisen sein, ohne daß erst eine Verhandlung in iudicio eingeleitet und dem gemäß eine formula actionis gebildet wird (vgl. H. 194.) [42]. 2) Wenn derjenige, welcher eine dem Cincischen Gesetze zuwiderlaufende Schenkung gemacht hat, durch Vollziehung derselben in die Lage gekom-

42) Vat. 267. »Actio nova ex promissione quae donationis causa facta sit, dari non solet.« Da man nicht zu erklären weiß, was »nova actio« sein soll; so ist »nuda« für »nova« vorgeschlagen worden. Nuda promissio wäre dann aber nicht als promissio sine stipulatione zu nehmen (was dem Sprachgebrauch schwerlich angemessen sein dürfte); sondern von der promissio sine traditione (et mancipatione) zu verstehen *). Man kann aber auch *nova* zu *promissione* ziehen, und dem gemäß an einen Fall denken, wo erst ein Abkommen (pactum) und neuerlich eine förmliche Zusage (promissio) in der Absicht zu schenken Statt gefunden hatte, und wo dann allerdings der Kaiser auch auf die Anfrage antworten mußte: diese nova promissio könne keinen Anspruch auf eine Klage geben, wenn ihr eine Schenkung zum Grunde liege.

*) Dieß soll unstreitig keine Berichtigung dessen seyn, was ich S. 194. hierüber gesagt habe, denn ich habe deutlich zu erkennen gegeben, daß ich es grade so meinte. Was das Wort nudus heißen soll, richtet sich bekanntlich nach dem Gegensatz, der entweder aus-

men ist, daß er nicht mehr von einer exceptio Gebrauch machen kann; so wird ihm eine condictio gegeben, um dem Beschenkten die Vortheile der Schenkung wieder zu entreißen 43). Diese condictio ist übrigens nicht eine indebiti condictio, sondern eine condictio ob iniustam causam: daher kömmt es gar nicht darauf an, ob von Seite desjenigen, der die Schenkung erfüllt hat, ein Irrthum obgewaltet hat 44). Mit dieser condictio konnte demnach zurückgefodert werden, was über das Maaß des Cincischen Gesetzes geschenkt worden war: natürlich aber nur so weit es dieses Maaß überstieg (Vgl. H. 205. 206.) 45).

gedrückt oder zu subintelligiren ist. So z. B. im Gegensatze von satisdatio heißt nuda promissio eine simple Stipulation, wozu es keiner Bürgen oder Pfänder bedarf. L. 2. §. 6. D. de iudiciis. L. 56. pr. de evict. L. 1. §. 5. de stipulat. praet. L. 3. C. de V. S. Subintelligirt wird es in L. 63. §. 4. D. pro socio (Brissonius sagt ganz unrichtig, daß hier n. p. der cautio entgegengesetzt werde, diese wird nur dadurch näher bestimmt). So möchte ich doch auch glauben, daß wohl einmal nuda promissio im Gegensatz von sponsio stehen könnte, da es denn ein Versprechen ohne verba solennia bedeuten würde, eine pollicitatio. Vergl. L. 19. §. 1. D. de Aedil. Edicto. Aber das lohnte sich auch hier zu sagen, daß aus einer animo donandi geschehenen Pollicitation, (ich meine hier ein unfeierliches Versprechen mit Annahme: nuda conventio, nudum pactum) keine Actio gegeben werde. Der Gegensatz ist hier nicht ausgedrückt, aber im Zusammenhang der Lex Cincia kann er kein andrer seyn, als eine mit Tradition, erforderlichen Falls auch Mancipation versehene, kurz eine nicht bloß versprochene, sondern schon erfüllte Schenkung. Daß aber *nova* promissio, zumal so für sich hingestellt, heißen könne: eine zum pactum hinzugekommene Stipulation, will mir nicht in den Sinn. Es würde vielmehr eine wiederholte Stipulation heißen müssen; und das hätte man doch wieder anders und deutlicher ausgedrückt. *Nuda* promissio konnte aber gar nicht mißverstanden werden. Ich bin daher noch immer für die Emendation.

H.

43) Vat. §. 266. (s. Anm. 50.)

44) Da ich die indebiti condictio auf den Grund eines Rechtsirrthums nicht zulassen möchte; so würde ich die Statthaftigkeit der condictio, wenn sie wirklich eine indebiti condictio wäre, nur mit Mühe rechtfertigen können. (Vgl. H. 203. 204.)

45) L. 21. §. 1. D. de donatt. 39. 5. (s. Anm. 41). Es muß hier verglichen werden, was in §. 9. für die Beschränkung der legis Cinciae exceptio auf die das gesetzliche Maaß überschreitenden Foderungen gesagt worden ist. — Auch in dem ähnlichen Fall, wo die einem Sachwalter gegebene Belohnung das vorgeschriebene Maaß (vgl. Anm. 2.

3) Höchst merkwürdig ist der Einfluß des interdictum utrubi bei den Schenkungen beweglicher Sachen. (Vgl. H. 221—224. 230—240.). Da bei beweglichen Sachen derjenige mit dem interdictum utrubi siegt, welcher den längeren Besitz des letzten Jahrs für sich hat; so folgt, daß derjenige, welcher eine bewegliche Sache schenkungsweise weggegeben hat, so lange als nicht der Beschenkte durch die Dauer seines Besitzes gegen das interdictum utrubi gesichert ist, immer noch ein Mittel in der Hand hat, um sich im Besitze der weggeschenkten Sache zu behaupten. Damit hängt es zusammen, wenn uns gesagt wird, daß eine Schenkung bei beweglichen Sachen nicht eher vollständig vollendet sei, als bis der Beschenkte so lange besessen hat, daß er im interdictum utrubi der potior ist (vgl. Anm. 12.). Gegen diese Erklärung ist eingewendet worden, daß ein Gebrauch des interdictum utrubi im Verhältniß des auctor gegen den Nachfolger wenig Wahrscheinlichkeit habe. (Vgl. H. 223. 224.) Und freilich mag es auf den ersten Anblick seltsam scheinen, wenn z. B. der Verkäufer berechtigt sein soll, dem Käufer das Verkaufte mit dem interdictum utrubi zu entreißen, bis der Käufer so lange besessen hat, daß der längere Besitz des letzten Jahrs für ihn spricht. Allein ich sehe in der That nicht ein, wie es anders hätte werden sollen *): denn wenn beim interdictum utrubi erlaubt gewesen wäre, daß der Verklagte sich darauf berief, er habe die Sache von dem Kläger rechtlich erworben; so würde dieses in die tiefsten rechtlichen Untersuchungen hineingeführt haben, und der Zweck des interdictum wäre vereitelt worden [46]. Dagegen konnte der Erwerber einer Sache dadurch daß er das interdictum utrubi noch eine Zeit lang

überschritten hat, wird nicht alles zurückgefodert, sondern nur dasjenige was über das Maaß gegeben war. Vgl. l. 1. §. 10. D. de extraord. cognitt. 50. 13.

*) S. den Anhang. H.

46) Paulus (sent. V. 6. §. 1.) sagt, beim interdictum utrubi siege derjenige, »qui maiore parte anni retrorsum numerati nec vi

von dem auctor zu fürchten hatte, keine sonderliche Gefahr laufen: denn sein auctor haftete ihm für das habere licere; und die Verpflichtung dafür einzustehen, ut *per se* habere liceat (vgl. l. 11. §. 18. D. de act. emt. vend. 19. 1.), findet gerade mit Beziehung auf das interdictum utrubi eine wichtige Erläuterung [47]). So darf auch meiner Ansicht nach der Umstand kein Bedenken erregen, daß zum Behufe des interdictum utrubi die Nachfolge im Besitz, und zwar insbesondere auch die vermittelst einer Schenkung begründete (Gai. IV. 151.) im Allgemeinen ein Zusammenrechnen der Besitzzeiten rechtfertigt. Dieß fand unstreitig Statt, wenn die rechtsgemäße Nachfolge im Besitz unbestritten und der auctor bereit war, sich demjenigen, der seinen Besitz von ihm ableitete, zur Seite zu stellen und durch sein Zeugniß den rechtlichen Zusammenhang des älteren und des neueren Besitzes außer Zweifel zu setzen. Aber wie ließe sich das denken, wenn derjenige, dessen Besitz man sich zurechnen wollte, der Gegner war, mit dem man es zu thun hatte? Hätte hier nicht die Besitzstreitigkeit in eine vollständige Untersuchung über das Recht zum Besitze sich verwandeln müssen? [48])

nec clam nec precario possedit.« Ich gebe gerne zu, daß anderweitige Beschränkungen dieses interdictum deßwegen nicht schlechthin für unzulässig erklärt werden dürfen: aber dieses Schweigen des Paulus darf denn doch nicht ganz unberücksichtigt bleiben.

47) Ich glaube nämlich allerdings, daß man sagen kann »habere non licet,« wenn man in Folge des interdictum utrubi eine Sache wieder hat herausgeben müssen, so daß also auch die auf den Fall des habere non licere gestellte stipulatio wirksam wird. Allerdings kann man aber auch hoffen, den Rechtsstreit zu gewinnen, wenn man die Klage auf Vollziehung der Uebergabe richtet, weil eine Uebergabe, die keine Sicherheit gegen das interdictum utrubi gewährt, gar nicht als eine Uebergabe, wie sie sich gehört, betrachtet werden kann. Das letzte sagt l. 11. §. 13. D. de act. emti et vend. 19. 1.

48) Verfolgen wir die Wirkung des interdictum utrubi genauer; so ergiebt sich, daß sowohl der Schenkende als auch ein Dritter in dem Falle sein kann, Gebrauch davon zu machen. Ob der Dritte einen bleibenden Vortheil ziehen kann, ist eine andere Frage. Nehmen wir z. B. an, der nichtmonatliche Besitzer A habe die Sache an den B verkauft, dieser schenkt sie nach zwei Monaten dem C, der nun nach einem Monate von dem A belangt wird; so wird zwar der A gegen den

§. 11. Es wird zur Deutlichkeit bedeutend beitragen, wenn die möglichen Fälle unvollständiger Schenkungen durchgegangen werden, um dann zu zeigen, wie nach Verschiedenheit der Umstände die so eben angegebenen Rechtsmittel zur Anwendung gebracht wurden: natürlich muß dabei immer an solche Schenkungen gedacht werden, welche das Maaß des Cincischen Gesetzes übersteigen. I. Promissio auf den Grund einer Schenkung. Hier tritt eine exceptio ein (legis Cinciae exceptio oder in factum exceptio si non donationis causa promissum sit. Vgl. Anm. 39.) [49]), oder es wird auch der Kläger, wenn über die Thatsache kein Streit ist, sogleich ohne alle Verhandlung in iudicio mit seiner Klage zurückgewiesen (vgl. §. 10. no. 1). Will inzwischen der Schenkende nicht erst warten, bis aus der promissio geklagt wird; so kann er durch eine condictio bewirken, daß er durch acceptilatio seiner Verpflichtung entlassen (und ihm die ausgestellte Verpflichtungsurkunde zurückgegeben) werde. Zwar spricht l. 21. de donatt. 39. 5. eigentlich nicht von diesem, sondern von einem andern Falle (s. IV. no. 2.); sie erlaubt aber einen Schluß, der kein Bedenken erregen kann. Ist das Versprechen erfüllt, so wird zu unterscheiden sein. (Vgl. H. 202—204.) Hat man es gethan in der fortdauernden Absicht zu schenken, so ist nicht einzusehen, warum es hier anders sein sollte, als wenn gar kein Versprechen vorausgegangen wäre. (So z. B. wenn ich jemanden eine Geldsumme wirklich gebe, die ich ihm

C mit dem interdictum siegen: aber ohne Nutzen; denn er kann von dem B mit der Kaufsklage und von dem C mit der Eigenthumsklage belangt werden Macht aber der B von dem interdictum Gebrauch, so siegt er mit Nutzen; denn der C kann wegen der legis Cinciae exceptio gegen ihn nicht klagen. Der B wird übrigens gegen den C auch dann noch siegen, wenn dieser einen fünfmonatlichen Besitz für sie hat: denn er wird sich den Besitz seines Verkäufers zurechnen, und dann ist er doch wieder derjenige, welcher »maiore parte anni« besessen hat.

49) Vat. §. 266. ». . . contra legem Cinciam obligatus non excepto . . . semper exceptione Cinciae uti potuit . . . « Diese exceptio gebührt natürlich auch dem fideiussor »eius qui donationis causa pecuniam supra modum legis promisit.« L. 24. D. de donatt. 39. 5. (s. Anm. 21)

gestern bloß zugesagt habe: soll ich sie deßwegen zurückfodern können, weil das Versprechen von gestern vorausgegangen ist, während ich sie außerdem nicht zurückfodern könnte?) Wenn dagegen die Erfüllung bloß in der Absicht sich einer Verpflichtung zu entledigen erfolgt ist; so findet sicherlich eine condictio in Ansehung des Gegebenen Statt [50]). Allerdings läßt sich dieses nun unter Voraussetzung eines Irrthums denken, der übrigens auch ein Rechtsirrthum sein kann (denn dieser zwingt auf jeden Fall zur condictio ob iniustam causam). Ein thatsachlicher Irrthum kann leicht eintreten, wenn der Erbe die Zusage des Erblassers erfüllt hat, ohne von dessen Willensänderung (vgl. §. 12,) Kenntniß zu haben. II. Uebertragung des Eigenthums auf den Grund einer Schenkung. 1) Ist diese durch in iure cessio, aber ohne Uebergabe, erfolgt; so mag es dahin gestellt bleiben, ob überhaupt noch etwas dagegen auszurichten ist (vgl. §. 3. no. 2). Nimmt man es an, so ist dieser Fall eben so zu behandeln, wie der sogleich anzuführende Zweite. 2) Ist die Uebertragung durch mancipatio, jedoch ohne Uebergabe erfolgt; so kann der Schenkende abwarten, bis er mit einer auf die mancipatio gegründeten Eigenthumsklage belangt wird, und kann alsdann dieser die legis Cinciae exceptio oder eine in factum exceptio (SI NON DONATIONIS CAUSA MANCIPATUM SIT) entgegenstellen (vgl. Anm. 39) [51]). Er kann aber auch, wenn er die Klage nicht abwarten will, auf ähnliche Weise wie im vorigen Falle, mit einer condictio die remancipatio erzwingen. Möglich ist auch, daß der Be-

50) Vat. §. 266. » . . . Unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit; debuit dici, repetere eum posse . . . «

51) Derjenige, dem eine res mancipi übergeben worden ist, hat nämlich, wenn der Eigenthümer ex iure Quiritium klagt, die exceptio rei venditae et traditae, die denn auch auf solche Fälle angewendet wurde, wo zwar nicht von einem Kaufe, aber doch von einem kaufähnlichen Geschäfte die Rede war. Bei Schenkungen wurde eine solche exceptio in der Regel nicht gegeben. Aber die Regel hatte Ausnahmen, namentlich bei den exceptae personae.

sitz ohne Uebergabe an den Beschenkten gelangt, dem die Sache durch mancipatio übertragen war. Hier würde bei beweglichen Sachen das interdictum utrubi eine Zeit lang schützen (vgl. §. 10. no. 3.): bei unbeweglichen Sachen das interdictum de vi nur unter besondern Voraussetzungen. Die condictio würde aber jedenfalls den Beschenkten zur Rückgabe der Sache und Bewirkung der remancipatio nöthigen können. (vgl. H. 198—200. 3) Wenn die Uebergabe erfolgt ist; so wird bei beweglichen Sachen eine Zeitlang von dem interdictum utrubi mit Erfolg Gebrauch gemacht werden können: bei unbeweglichen Sachen fällt dieß weg. Dagegen wird bei beweglichen sowohl als unbeweglichen Sachen, vorausgesetzt daß es res mancipi sind, in Ermangelung der mancipatio die verschenkte Sache ex iure Quiritium vindicirt werden können (vgl. H. 201.): freilich nur so lange als nicht die usucapio den Mangel der mancipatio ersetzt hat. (Vgl. H. 202.) Zwar wird sonst demjenigen, der eine res mancipi durch bloße Uebergabe ohne mancipatio erhalten hat, gegen den Anspruch des quiritischen Eigenthümers Schutz gegeben: bei Schenkungen wird aber billig eine Ausnahme gemacht, weil hier der Grundsatz feststeht, daß die geschenkte Sache vollständig veräußert sei, wenn die Schenkung rechtsbeständig sein soll [52]). Condictio ist hier unzulässig, weil diese in der Regel ausgeschlossen ist, so lange von einer vindicatio Gebrauch gemacht werden kann. III. Bestellung eines Dienstbarkeitsrechts auf den Grund einer Schenkung. Ist sie durch in iure cessio erfolgt; so dürfte leicht gar nichts dagegen zu thun sein (vgl. §. 4. no. 2.) Ist (bei einem praedium provinciale) die Schenkung durch bloßen Ver-

52) Hat der Schenker den Besitz der Sache weiter veräußert; so hat natürlich auch der dritte Besitzer die exceptio. So hat ja auch die pacti exceptio der dritte Besitzer. Man braucht dieses gar nicht daraus abzuleiten, daß die legis Cinciae exceptio nach der Ansicht der Proculejaner quasi popularis ist. In Vat. §. 266. ist auch nicht an den Fall einer dinglichen Klage gedacht. (Vgl. H. 199. n. 23.)

trag bewirkt; so wehrt man die Ausübung und weist die confessoria actio durch eine exceptio zurück. Auch eine negatoria actio würde mit Erfolg gebraucht werden können; denn die Berufung auf den Vertrag würde durch eine replicatio zu beseitigen sein. Eben so wäre zu verfahren, wenn bei einem praedium in italico solo (also wo es eigentlich der in iure cessio bedurfte) eine Dienstbarkeit, die wenigstens eine quasi traditio verstattete (vgl. L. 11. §. 1. de Publ. in rem act. 6. 2.) durch quasi traditio bestellt war, und nun nach Art der Publiciana actio eine confessoria erhoben, oder umgekehrt mit der negatoria geklagt wurde. IV. Ueberlassung einer Schuldfoderung ohne novatio (durch einfache Cession). Hier konnte natürlich die zur Klage gegebene Vollmacht beliebig widerrufen werden: aber der Schuldner, der in Anspruch genommen wurde, konnte nicht die legis Cinciae exceptio beibringen: dagegen kann dem Beschenkten das was er durch die Klage bekommen hat, durch eine condictio wieder entrissen werden. V. Intercessio auf den Grund einer Schenkung. 1) Wenn ich auf Anweisung dessen, dem ich schenken will, seinem Gläubiger mich durch promissio verbindlich mache; so bin ich unwiderruflich gebunden[53]. 2. Wenn ich gestatte, daß mein Schuldner sich demjenigen durch promissio verbindlich macht, dem ich schenken will; so kann der Schuldner auf keinen Fall eine exceptio geltend machen, Was aber mich betrifft, so wird es darauf ankommen, ob man nach der Ansicht des Julian (s. §. 4. no. 1.) eine solche Schenkung sogleich als völlig rechtsbeständig annimmt, oder ob man der Ansicht des Celsus folgt. Im ersten Fall ist für mich nichts zu thun: im zweiten Fall werde ich eine (incerti) condictio gegen denjenigen zu richten haben, der durch mich eine Foderung gewonnen hat, damit diese

53) L. 21. pr. D. de donatt. 39. 5. ». . . Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti. Pactum valet; ille enim suum recepit.« L. 2. §. 5. D. de doli mali et met. except. 44. 4. (s. Anm. 21. a. E.)

auf mich wieder übertragen werde, oder wenn an diesen bereits eine Zahlung gemacht worden ist; so kann ich das Gezahlte (so weit es nämlich das Maaß übersteigt) zurückfodern [54]. 3) Wenn ich auf Anweisung dessen, dem ich schenken will, mich demjenigen, dem dieser den Vortheil der Schenkung zuzuwenden beabsichtigt, durch promissio verbindlich mache; so könnte es scheinen, als ob der Fall ein anderer wäre: dennoch muß dieses nach l. 33. §. 3. D. de donatt. 39. 5. geläugnet werden. Nicht nur wird dort gesagt, eine solche Schenkung sei rechtsbeständig, sondern es wird dann auch ausdrücklich bemerkt, die promissio sei nicht als eine promissio donationis causa facta anzusehen; daher auch der promissor, wenn gegen ihn Klage erhoben wird, nicht verlangen kann, daß er geschont und nur nach Vermögen (»in quantum facere potest«) verurtheilt werde. Endlich wird dieser Fall mit dem eben vorher erwähnten namentlich zusammengestellt [55]. VI. Entsagung auf den Grund

54) L. 21. §. 1. D. de donatt. 39. 5. (Celsus): »Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causae promittere iussi; an summoveris donationis exceptione nec ne, tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest: quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris. Sed ego, si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sint, habeo adversus debitorem meam rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit; ita ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus: sin autem pecunias a debitore meo exegisti; in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem.« Das letzte ist natürlich, da ich auch eine condictio habe; wenn ich selbst in Folge einer Schenkung Zahlung geleistet habe (s. im Text, no. I.). Daß die rescissoria nichts als eine incerti condictio ist, ergiebt sich aus der Vergleichung von l. 2. §. 3. D. de donatt. 39. 5., l. 3. D. de condict. sine causa 12. 7., l. 31. l. 47. D. de condict. indeb. 12. 6. u. s. w.

55) L. 33. §. 3. D. de donatt. 39. 5. (Den Anfang der Stelle s. Anm. 15.: dann heißt es weiter:) „. . . Et quia nihil primus secundo, a quo convenitur, donavit, et quidem in solidum, non in id quod facere potest condemnatur. Idque custoditur et si delegante eo qui donationem erat accepturus, creditori eius donator promiserit; et hoc enim casu creditor suum negotium gerit.“ Vgl. l. 2. §. 2. D. de donatt. 39. 5. „Cum vero ego Titio pecuniam donaturus, te, qui mihi tantundem donare volebas, iussero Titio promittere; inter omnes personas donatio perfecta est.“

einer Schenkung. Man kann annehmen, daß hier die legis Cinciae exceptio als replicatio gebraucht werden kann, wenn sich der Gegner der pacti exceptio bediente.

IV. Wirksamwerden gesetzwidriger Schenkungen.

§. 12. Die das Maaß überschreitenden und wegen Mangels vollständiger Vollziehung unwirksamen Schenkungen erlangen Rechtsbeständigkeit, wenn der Schenkende stirbt, ohne daß er die Absicht eines Widerrufs hätte laut werden lassen; denn der Erbe würde unziemlich handeln, wenn er es sich erlauben wollte, gegen den Willen des Erblassers von den Mitteln Gebrauch zu machen, welche dem Erblasser selbst allerdings zu Gebote gestanden hätten, insoferne er geneigt gewesen wäre sich die Schenkung reuen zu lassen. Daraus folgt. 1. Wenn aus einer solchen Schenkung gegen die Erben geklagt wird; so können sie sich einer legis Cinciae oder in factum exceptio nicht mit Erfolg bedienen: vielmehr steht ihnen eine doli replicatio entgegen [56]. Dieß wird eintreten, wenn die Schenkung auf einer promissio beruht und

56) Vat. §. 312. „Successoribus donatoris perfectam donationem revocare non permittitur; cum imperfectam perseverans voluntas per doli mali replicationem confirmet. Unde aditus praeses provinciae, si de possessione te pulsum animadvertit nec annus excessit, ex interdicto unde vi restitui te cum sua causa providebit; vel si hoc tempus finitum est, habes (In der Hdschr. fehlt dieses *habes*) formulam promissam, qua, si nullas vires donationem habuisse dicatur, quaestione facti examinata jure praeses provinciae sententiam ferre curabit.“ (Man hat hier eine Formel finden wollen QUASI NULLAS VIRES DONATIONEM HABUISSE DICATUR, und dieser Voraussetzung gemäß die Stelle anders verbessert. Ich sehe nicht ein wie diese Ansicht bestehen kann, da die formula promissa, die dem Beschenkten helfen soll, nur eine formula *actionis* sein kann. Noch mache ich darauf aufmerksam, daß bei der von mir gewählten Verbesserung der am Schlusse vorkommende Nominativus „praeses provinciae“ nothwendig ist, während er bei den sonst versuchten Verbesserungen als eine überflüssige Wiederholung erscheint, indem der „aditus praeses provinciae“ ohnehin herabzubeziehen wäre.) (vgl. H. 232. n. 76.) Vat. §. 294. „... Diversa ratio est contra legem Cinciam factae donationis: tunc enim exceptionem (Cod. *excepti*) voluntatis perseveran-

ex stipulatu geklagt wird: aber auch wenn die Schenkung durch mancipatio (aber ohne Uebergabe) bewirkt ist und der Beschenkte die Eigenthumsklage auf den Grund der mancipatio anstellt. [Vgl. H. 204. 205.]. 2. Wenn die Erben sich einer condictio bedienen wollen, um die Folgen der Schenkung rückgängig zu machen; so wird ihnen die Berufung auf die Schenkung entgegengesetzt werden. Wollen sie dagegen eine in factum oder legis Cinciae replicatio geltend machen; so stoßen sie auf eine doli duplicatio, wodurch ihre replicatio unwirksam wird. (Vgl. Vat. §. 259.) 3. Ebenso wird sich das Verhältniß gestalten, wenn die Erben des Schenkers, weil dieser eine res mancipi bloß durch Uebergabe, aber ohne mancipatio weggegeben hatte, von der vindicatio ex iure Quiritium Gebrauch machen wollen. 4. Wenn die Erben das interdictum utrubi anstellen; so können sie zwar siegen: aber der Beschenkte kann dann doch wieder als Kläger auftreten und es geht wie im Falle Nro. 1. — Wahrscheinlich ist, daß der Beschenkte, wenn er als Kläger gegen die Erben auftrat, den Beweis führen mußte, daß der Verstorbene bis zu seinem Tode bei dem Willen zu schenken beharrt habe, während er,

tia doli replicatione (Sic cod. 2da manu, prima manu *replicationem*) perimit...." (Vgl. H. 199. n. 22.) Vat. §. 266. „.... Unde si quis contra legem Cinciam non excepto solverit; poterit dici, repetere eum posse ....., sed et heredes (Cod. *heris*) ejus: nisi forte durante voluntate decessit donator; etenim doli replicationem locum habere." (Vgl. H. 199. n. 23. Nach meiner Ansicht ist dieser Infinitiv von dem vorhergegangenen „poterit dici„ abhängig. Nach „habere" muß ein neuer §. anfangen.) Vat. §. 272. „... Neque enim fas est, omnimodo inquietari donationes, quas is, qui donaverat, in diem vitae suae non revocavit." Vat. §. 259. „... Si tamen voluntatem mulier non mutasset; Latino quoque doli profuturam duplicationem respondi. Non enim mortis causa capitur, quod aliter (Cod. *altero*) donatum est, quamvis (Cod. *qn.*) morte Cincia removetur." In der l. 1. §. 1. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. muß also, weil es heißt „eoque defuncto donationem quibusdam modis inutilem esse constabat" von dem Verf. auf den Mangel der perseverantia voluntatis Rücksicht genommen worden seyn. Mit Recht ist vermuthet worden, es habe hier ursprünglich geheißen: „eoque defuncto donationem, *quum mutata voluntate decessisset testator, propter legis Cinciae replicationem* inutilem esse constabat."

wenn die Erben gegen ihn klagend auftraten, berechtigt war, von ihnen den Beweis der erfolgten Willensänderung zu erwarten. Auch muß bemerkt werden, daß eine dem Cincischen Gesetze zuwiderlaufende Schenkung, wenn sie nach dem Tode des Schenkenden aufrecht erhalten wird, nicht in die Eigenschaft einer Schenkung auf den Todesfall übergeht, sondern nach den Grundsätzen der Schenkungen unter Lebenden beurtheilt wird. Dieß wurde theils wichtig, wenn einem Latinus Iunianus geschenkt ist, weil dieser unfähig ist, Schenkungen auf den Todesfall zu erlangen (vgl. Vat. §. 259.), theils auch, wenn die Frage über die Möglichkeit eines Abzugs der quarta Falcidia entstand. [vgl. §. 212. 213.]. Uebrigens war im Cincischen Gesetze selbst von diesem Gültigwerden übermäßiger Schenkungen durch perseverantia voluntatis wohl gewiß nicht die Rede.

V. Entkräftung des Cincischen Gesetzes.

§. 13. Zuerst foderte Constantins d. Gr. Vater Constantinus Chlorus allgemein bei allen Schenkungen die Auflassung derselben bei der Obrigkeit (testificatio actorum), 57) die schon früher angewendet worden war, ohne daß eine gesetzliche Nothwendigkeit bestanden hätte (Vat. §§. 266 in f. 268).

57) L. 1 Th. Cod. de sponsal. 3. 5. „Pater noster nullam voluit liberalitatem valere, si actis inserta non esset, ...“ (Wenk hat neuerlich ad h. l. gezeigt, wie mißlich es sei, wenn man Inschrift und Unterschrift ändert, und dadurch diese Verordnung Constantin's d. Gr., v. J. 319. i. d. Jahr 352 versetzt so daß sie von dessen Sohn Constantius herrührte.) L. 3. Th. Cod. de donatt. 8. 12.: „Promulgatum dudum est, donationes nullo alio modo firmas posse detineri, nisi apud actorum contestationem confectae fuerint....“ (Die Verordnung ist vom Mai 316.; die l. 1. Th. Cod. de donatt. 8. 12., welche nach der richtigen Unterschrift v. Febr. desselben Jahrs ist, kann hier nicht gemeint sein: dieses paßt also sehr gut mit der Ansicht, daß schon Constantinus Chlorus eine solche Bestimmung gemacht hat. In einer spätern Verordnung vom J. 333. (l. 5. Th. Cod. de donatt. 8. 12.) konnte dagegen Constantin der Große ganz richtig von sich sagen: „Data jampridem lege statuimus, ut donationes interveniente actorum testificatione conficiantur.“ Auch die Söhne Constantin's d. Großen legen diesem Kaiser eine Verordnung bei, welche die confectio actorum verlangt. L. 6. Th. Cod. de donatt. 8. 12.

Diese Vorschrift galt also auch für die Schenkungen der ausgenommenen Personen: ob aber auch für die kleinen Schenkungen, welche unter dem Maaße des Cincischen Gesetzes waren? Ich wage es zu bezweifeln, weil sie dann ganz unausführbar gewesen wäre, indem kleine Schenkungen unmöglich die Kosten der actorum confectio lohnen konnten. Die actorum confectio fodern, und solche Schenkungen ganz verbieten, wäre dasselbe gewesen. Wie aber war es möglich, diese Ausflüsse einer Freigebigkeit, zu der sich täglich Veranlassung darbot, zu hemmen? Oder gieng man etwa bei dieser Gesetzgebung von der Ansicht aus, daß die Leute ohnehin zu rechtlich sein würden, um kleine Schenkungen anzufechten, gesetzt auch daß die Gesetzgebung unvernünftig genug sei, ihnen die Befugniß dazu einzuräumen. Freilich muß oft genug der gesunde Menschenverstand die Fehler der Gesetzgebung unschädlich machen: aber hier lag doch die Verkehrtheit zu nahe, als daß man der Gesetzgebung zutrauen könnte, sie habe darüber weggesehen. Es wird demnach erlaubt sein, anzunehmen, daß es dem Kaiser gar nicht einfiel, die Vorschrift, die er gab, auch auf die kleinen Schenkungen zu beziehen, und daß er deßhalb entweder eine ausdrückliche Ausnahme machte, oder daß er es als sich von selbst verstehend voraussetzte, die neue Vorschrift werde nicht auf Schenkungen bezogen werden, die auch von dem Cincischen Gesetze als völlig außerhalb seines Bereichs liegend betrachtet worden waren. Wenn demnach das Cincische Gesetz durch diese Verordnung keineswegs außer Kraft gesetzt war; so mußte auch der Unterschied zwischen ausgenommenen und nicht ausgenommenen Personen fortdauernd von Einfluß sein. Und in der That finden wir, daß ihrer in späteren Verordnungen Erwähnung geschieht. Constantin d. Gr. selbst beruft sich in einer Verordnung v. J. 316. [58]), auf ein vor kurzem (nuper)

58) Daß die in den Vaticanischen Palimpsesten (§. 249) noch am Vollständigsten, obgleich nicht unverstümmelt, erhaltene Verordnung

erlassenes die ausgenommenen Personen betreffendes Gesetz, dessen Inhalt uns leider unbekannt ist. Sonst sind noch folgende gesetzliche Bestimmungen Constantin's d. Gr. als hierher gehörig anzuführen. 1. Die eben erwähnte Verordnung vom Febr. des J. 316. Sie betrifft nach Vat. §. 249. die communes donationes (im Gegensatz mit den Schenkungen unter den ausgenommenen Personen), bestimmt die Nothwendigkeit eines schriftlichen Aufsatzes, schreibt die bei der Uebergabe zu beobachtenden Förmlichkeiten vor, z. B. Zusammenberufung der Nachbarn, und will noch überdieß die Auflassung vor der Obrigkeit. Der Schluß der Verordnung ist in den Vaticanischen Palimpsesten unleserlich. Sollte dort eine Ausnahme in Ansehung derjenigen Schenkungen vorgekommen sein, welche nicht das Maaß des Cincischen Gesetzes erreichten? Wie dem auch sei, so ist nicht zu glauben, daß man die weitläufigen Förmlichkeiten, die das Gesetz vorschreibt, auch bei den unbedeutendsten Schenkungen gefodert haben sollte. Es gelten also hier die Vermuthungen, die in Beziehung auf die Verordnung des Kaisers Constantinus Chlorus aufgestellt worden sind. 2. Im Mai des Jahrs 319. verordnete Constantin (l. I. Th. Cod. de sponsal. 3. 5.) daß auch »inter sponsos ac sponsas omnesque personas« nur durch Auflassung vor der Obrigkeit die Schenkungen gültig werden sollen. (Dieß läßt schließen, daß Constantin in der vorhin erwähnten früheren Verordnung über die ausgenommenen Personen die confectio actorum erlassen hatte). Es wird nicht gesagt, daß bei unbedeutenden Schenkungen eine Ausnahme Statt finde: aber vorausgesetzt daß dieses bei der vorigen Verordnung anzunehmen wäre, könnte darüber wohl kein Bedenken sein. 3. Im November

Constantin's d. Gr., welche auszugsweise auch in den Theodosischen und Justinianischem Codex übergegangen ist (l. 1. Th. C. de donatt. 8. 12.; l. 25. Just. C. de donatt. 8. 54.) nicht in das Jahr 323., sondern in das Jahr 316 gesetzt werden muß, ist freilich nicht unbestritten. Aber Wenck's Gründe für das Jahr 316. scheinen mir doch überwiegend. Vgl. Wenck ad l. 2. Th. Cod. de adm. et peric. tut. 3. 19.

desselben Jahrs stellt Constantin durch die l. 4. Th. C. de donatt. 8. 12. (s. Anm. 29.) die durch K. Antoninus Pius eingeführte Begünstigung der Schenkungen zwischen Eltern und Kindern wieder her (die also wohl auch in Folge jener verloren gegangenen Verordnung über die Schenkungen der exceptae personae aufgehört haben muß). Natürlich mußte man nun glauben, daß hier auch die actorum confectio überflüssig sei: diese Ansicht wurde aber späterhin durch eine Verordnung desselben Kaisers (v. Jahr 333) für unrichtig erklärt (l. 5. Th. Cod. de donatt. 8. 12.). Uebrigens sehen wir schon aus dieser Verordnung Constantin's d. Gr. (l. 5. cit.) und noch deutlicher aus einer Verordnung seiner Söhne (l. 7. Th. Cod. de donatt. 8. 12.), daß die übrigen exceptae personae von der Nothwendigkeit der traditio vel mancipatio nicht mehr frei sind: offenbar eine Abänderung des frühern Rechts, die wohl auch in der schon mehrmals erwähnten verlorenen Verordnung ihren Grund hat. — Blicken wir nun zurück, was jetzt noch von dem Rechte des Cincischen Gesetzes übrig war. Ich nehme an, daß sich die Rücksicht auf das in diesem Gesetze bestimmte Maaß fortdauernd erhalten hat und demnach bei den geringfügigen Schenkungen gar keine besondere Form erfordert wurde. Bei den übrigen Schenkungen blieb der Grundsatz, daß die Vollziehung zur Rechtsbeständigkeit nothwendig sei; es wurde aber noch außerdem die schriftliche Auffassung und die Auflässung vor der Obrigkeit gesetzlich nothwendig. Was die Vollziehung anbetrifft; so ist in der Verordnung v. J. 316. von mancipatio gar nicht weiter die Rede, sondern bloß von traditio, während in den folgenden Verordnungen (l. 4. 5. 7. Th. Cod. de donatt. 8. 12.) die mancipatio neben der traditio erwähnt wird. Vermuthlich galt aber die Schenkung auch in Ermangelung der mancipatio. Ausgenommene Personen giebt es jetzt nicht mehr, außer den Eltern und Kindern, wo aber die Auflassung nicht fehlen darf.

§. 14. Wenn schon über die Constantinische Gesetzgebung, ungeachtet der Aushülfe, welche die Vaticanischen Palimpsesten gewähren, viel Dunkelheit herrscht; so ist dieses bei der Folgezeit noch mehr der Fall: und doch ist es gerade hier wo das Cincische Gesetz völlig verschwindet. 1. Durch eine Verordnung des jüngern Theodosius (v. J. 428.) wurde bestimmt, daß die actorum confectio nur bei Schenkungen die über 200 solidi sich belaufen, erfoderlich sein sollte [59]). Hierin finde ich nun keineswegs ein Anschließen an das Cincische Gesetz, da ich vielmehr der Meinung bin, daß man bei den kleinen Schenkungen, die unter dem Cincischen Gesetze waren, ohnehin nie daran gedacht haben konnte, eine actorum confectio zu fodern (vgl. §. 13.), sondern allerdings eine ganz neue Bestimmung. 2. Ueber die Aufhebung der erst unter Constantin d. Gr. eingeführten Nothwendigkeit schriftlicher Auffassung hat sich eine Verordnung des jüngern Theodosius (ebenfalls v. J. 428.) im Justinianischen Codex erhalten (l. 29. C. de donatt. 8. 54.). 3. Dagegen fehlt uns die Verordnung, wodurch die Nothwendigkeit der traditio und mancipatio bei den Schenkungen abgeschafft wurde. Die l. 8.

59) L. 8. Th. Cod. de sponsal. 3. 5. „.... in illa donatione, quae in omnibus intra ducentorum solidorum est quantitatem nec actorum confectione quaerenda ...." Es wäre möglich, daß die Verordnung bloß auf die ante nuptias donatio sich bezöge: mir ist aber doch das Gegentheil wahrscheinlicher. Ich stelle mir nämlich vor, daß eine spätere (verloren gegangene) Verordnung in Ansehung der donatio ante nuptias facta die Summe von 200 solidi auf 300 erhöht hat. Dann hängt sehr schön zusammen, wenn Justinian in der l. 34. pr. C. de donatt. 8. 54. sagt: „Sancimus, omnem donationem, sive communem, sive ante nuptias factam, usque ad trecentos solidos cumulatam, non indigere monumentis, sed communem formam habere: ut non usque ad ducentorum solidorum summam teneat; sed in hujusmodi observatione similes sint tam communes quam ante nuptias donationes...." So begreift es sich nun auch, wie in der l. 25. C. de donatt. int. vir. et uxor. 5. 16. Beziehung auf Schenkungen der Eltern an die Kinder von einer in Beziehung auf die Nothwendigkeit der insinuatio vorgeschriebenen legitima quantitas die Rede ist (diese Verordnung ist nämlich vom Jahr 728, also älter als die l. 3. 4. cit., welche vom Jahr 529 ist), ohne daß man ein Einschiebsel anzunehmen braucht.

Theod. Cod. de sponsal. 3. 5. erwähnt noch die Nothwendigkeit der Uebergabe und erläßt sie bloß bei der donatio ante nuptias. In den folgenden kaiserlichen Verordnungen ist von dieser Nothwendigkeit überhaupt nicht weiter die Rede, und warum sollten wir nicht eine besondere gesetzliche Bestimmung annehmen können, wodurch diese Abschaffung erfolgte? Sie ist für uns verloren wie so manche andere, wovon uns kaum eine dunkle Spur geblieben ist. Diese Abschaffung vertilgte völlig die Anwendung des Cincischen Gesetzes. Natürlich vermögen wir auch nicht die Zeit genau anzugeben, wo diese Abschaffung erfolgt ist. Da Justinian in der Nov. 162. cap. 1. pr. sagt: die lex Cincia sei lange schon (πρώην) abgeschafft; so wäre es immer möglich, daß derselbe Theodosius, der sich so viel mit Gesetzgebung über das Recht der Schenkungen beschäftigt hat, auch hier thätig gewesen ist. Daß es ein oströmischer Kaiser war, der hier einwirkte, scheint daraus hervorzugehen, daß im Edict des Theodorich die Uebergabe noch als nothwendig erscheint [60].

§. 15. Der auf die Belohnung der Sachwalter sich beziehende Theil des Cincischen Gesetzes ist eigentlich schon seit der Zeit des Kaisers Claudius nicht mehr in Uebung: denn wenn dieser Kaiser sich begnügte, die höchste Summe zu bestimmen, welche den Rednern als Lohn ihrer Bemühungen zu nehmen erlaubt sein sollte (vgl. Anm. 2.); so ist dieses von dem unbeschränkten Verbote des Cincischen Gesetzes wesentlich verschieden. Mit Recht konnte daher Arnobius, wahrschein-

60) Edict. Theod. c. 52. „Donationes sub hac solennitate praecipimus celebrari. Quod si cujuslibet pretii res mobilis fortasse donetur, vel certe mancipium, sola traditione largientis sit perfecta donatio; quae tamen scripturae fide possit ostendi cui testium subscriptio monstretur.“ Daß die sola traditio genüge, ist im Gegensatz mit *mancipatio* et traditio gesagt: die traditio soll bei einer res mobilis cujuslibet pretii (d. h. selbst bei einer res mancipi), z. B. bei einem Sklaven genügen. — Der Schluß zeigt, daß man damals im weströmischen Reiche die Verordnung des Theodosius über Unnöthigkeit der schriftlichen Abfassung nicht befolgte.

lich gerade in Beziehung auf diesen Theil des Cincischen Gesetzes von ihm als einem nicht mehr geltenden sprechen [61]; obgleich die durch Claudius eingeführte Beschränkung der den Rednern zukommenden Belohnungen auf ein gewisses Maaß noch im Justinianischen Rechte sich findet [62].

61) Arnob. adv. gent. II. 67. „... Nam si mutare sententiam culpa est ulla vel crimen, et a veteribus institutis in alias res novas voluntatesque migrare; criminatio ista et vos spectat, qui toties vitam consuetudinemque mutastis .... In potestatibus obeundis leges servatis annarias? in donis, in muneribus Cincias? in cohibendis Censorias sumptibus?..."

62) L. 1 §. 12. D. de extraord. cognit. 50. 13. „..... Licita autem quantitas intelligitur pro singulis causis usque ad centum aureos." (Vgl. L. 1. §. 9. ib., wo von einem modus legitimus die Rede ist; wobei man aber wohl nicht nöthig hat, an das Cincische Gesetz zu denken.) Centum aurei sind 10000 Sestertien (dena sestertia).

Ueber das
Interdictum utrubi bey der Lex Cincia.

Anhang zu dem vorstehenden Aufsatz.

Von Hasse.

Meiner Vermuthung, daß das Interdictum utrubi hier im Verhältniß zum Dritten zu denken sey, indem es sich von selbst verstanden habe, daß dem Autor niemals das Interdict gegen den, dem er selbst tradirte, habe zustehen können; sind schon öffentliche Blätter beygetreten, andre haben Zweifel dagegen geäußert. Die Götting. gel. Anz. 1828. St. 84. S. 837. sagen,

1) sey es ein Uebelstand, daß diese Beziehung auf einen Dritten erst in die Stellen hineingetragen werden müsse,

2) daß die Worte: »propter eiusdem interdicti potestatem« in §. 293 nicht natürlich genug auf den Dritten bezogen werden könnten,

3) es ließe sich ja wohl denken, »daß das interd. utrubi ipso iure auch für den begründet gewesen wäre, welcher den Besitz selbst auf den Gegner übertragen hatte, so lange dieser nur noch nicht eben so lange im letztverflossenen Jahre besessen. Wie dieser sich, fährt der Recensent fort, wenn er von einem Dritten mit jenem Interdict belangt wurde, den Besitz seines auctor mit anrechnen konnte, so konnte er, wenn es der auctor selbst gegen ihn anstellte, eine doli exceptio opponiren. Allein in unserem Falle könnte man es, nicht der Billigkeit, aber dem Recht der lex Cincia gemäß gehalten haben, eine replicatio zu gewähren.«

Was das Erste betrifft, so sind die beiden einzigen Stellen, worin von dem Interdict die Rede ist, §. 293 und §. 311. In beiden wird aber nirgends gesagt, daß der Beschenkte über den Schenker die Oberhand haben müsse, sondern nur daß er die Oberhand, die Potestas interdicti für sich haben müsse, gegen wen? wird nirgends gesagt. Es wird also entweder gar nichts hineingetragen, oder das Hineintragen compensirt sich wenigstens von beiden Seiten. Bedenkt man aber, daß in allen Texten, die vom Interdictum utrubi handeln, auch bey Gajus IV. 151., unter dem adversarius allemal der Dritte verstanden wird, und niemals der Autor, so mögte sich die Schaale noch nach unsrer Seite neigen, und hier nur subintelligirt werden, was sich von selbst versteht.

Was das Zweite betrifft, so meine ich doch, die Potestas Interdicti müsse es allemal bewirken, daß der Besitz noch immer nicht gesichert sey, und daher auch noch nicht die Schenkung sichern könne, mag nun die Gefahr vom Schenker oder vom Dritten herrühren. So mögte die Natürlichkeit auf der einen Seite nicht mehr wiegen als auf der andern.

Endlich was das Dritte angeht, so mögte die Potestas interdicti sich Wort und Sinn gemäß am wenigsten damit vertragen, daß diese erst durch eine Exceptio zerstöhrt, und dann durch eine Replicatio wieder ins Leben gerufen seyn soll. So schlechthin »propter eiusdem Interdicti potestatem« zu sagen, wo doch regelmäßig diese Potestas gebrochen ist, scheint wenigstens keine sehr natürliche Bezeichnung zu seyn. Davon abgesehen ist es zwar möglich, daß es so gehalten wurde, wie der Recensent sagt, aber diese Möglichkeit wird zugleich eine Unerklärlichkeit so lange bleiben, bis man entweder darthut, die Lex Cincia selbst habe eine so unbillige und sonderbare — denn Unrecht wollte sie doch nicht zu Recht machen — Bestimmung enthalten, oder auch das Motiv erräth, weswe-

gen der Prätor sie ihr angehängt habe. Der Recensent geht ja selbst davon aus, daß der Regel nach das Interdict vom Auctor angestellt für nichts gewesen sey, einerley ob dieß schon ipso iure oder ope exceptionis eintrat. Immer ist hier das Unerklärliche daß bey der unmäßigen Schenkung dem Interdict eine Kraft besonders verliehen wurde, die es sonst nicht hatte.

Viel consequenter aber auch kühner ist dagegen Unterholzner's Ansicht in der vorstehenden Abhandlung, indem er S. 158. ꝛc. die ganze Behauptung, welche bisher noch alle gemacht hatten, die diesen Punkt erörterten, daß in der Regel der Auctor das Interdict mit Erfolg gegen den, welcher den Besitz von ihm selbst erhalten, nicht anstellen könne, wenn dieser auch in dem letzten Jahr noch nicht so lange wie er besessen hätte, — niederschlägt. Gegen jeden Dritten rechnet ihm das Recht die Zeit an, in welcher sein Auctor besessen hat *), und ausdrücklich wird dieß ganz auf Aequitas gestellt. Und nun sollte es doch billig seyn, daß der Auctor das Interdict gegen denselben gebrauchen dürfe, dem er den Besitz übertragen hatte, z. B. gegen seinen Käufer, dem er tradirte? Unterholzner meint, jenes gelte nur, wenn der Auctor bereit sey sich seinem Successor an die Seite zu stellen; aber ist denn das wirklich so, daß es fortwährend von der Geneigtheit des Auctor abhängt, ob Accessio possessionis eintreten darf oder nicht **)? — Hier sey der Auctor nun nicht bereit, vielmehr wolle er sich selbst seinen Besitz zu Gute schreiben; wo bleibt denn aber hier die Aequitas, und wie konnte eine solche Iniquitas in den Rechtsquellen unbemerkt bleiben? Konnte sich das Institut der Accessio possessionis so in sich selbst widersprechen? Unterholzner meint, das hätte so viel nicht zu bedeuten gehabt, denn wenn der Auctor erstan mit dem Interdict dem Nachfolger die Sache wieder abgenommen hätte, so habe diesem die Actio ex

*) L. 14. 15. D. de divers. tempor. Gaius IV. 151.
**) Man sehe nur L. 14. 15. cit.

stipulatu auf das Duplum und auch die Actio emti auf Schadensersatz (alternativ) zugestanden, da er dem Andern selbst nicht gestattet habe, ut rem sibi habere posset. Das fiele denn bei der Schenkung weg. Wo die Leute ehrlich und friedlich mit einander verfahren, da würde das allerdings nichts zu bedeuten haben, ohnehin nicht, wenn es auch keine Promissio dupli und keine Actio emti in der Welt gäbe. Aber wo es Chicanen giebt, da mögte es sehr unangenehm seyn, wenn man eine Sache, die man gestern erst, nach Bezahlung des Kaufschillings, tradirt erhalten, heute sich nach Gefallen vom Tradenten wieder abnehmen und sich so in die Nothwendigkeit setzen lassen müßte, eine petitorische Klage anzustellen. Wollte man sich dazu nicht gutwillig verstehen, so verlöre man doch erst einmal einen Proceß. Thäte man es, so übernähme man auf der Stelle partes actoris, was doch auch die Römer bekanntlich für sehr unvortheilhaft zu halten pflegten. Kein Calcül konnte dagegen schützen, denn wenn man auch meinte sichrer zu gehn, indem man nur von einem solchen kaufte, der die Sache selbst erst ein paar Stunden oder Tage besessen, so brachte ja noch der entferntere Auctor dieselbe Gefahr. Wozu konnte denn auch jemals bei beweglichen Sachen eine Klage auf Tradition dienen, da diese denn immer gleich durch ein Interdict, noch denselben Tag rückgängig gemacht werden durfte? Oder entschied hier vielleicht die res iudicata erst, in einem Possessorium? Nicht einmal die Mancipatio konnte hier ja den tradirten Besitz sichern (Vatic. §. 311.) Und wozu denn alle diese Weitläuftigkeiten und Umschweife, da man doch damit auskommen konnte, dem Besitzer auf jeden Fall erst einmal seinen Besitz gegen den, von welchem er ihn hatte, zu gewehren, wie er umgekehrt ihm niemals gewehrt wurde, auch wenn sein Besitz der längere war im letzten Jahre, gegen den von welchem er ihn vi, clam oder precario sich verschafft hatte. Und wie war es denn mit den kleinen Schenkungen; da konnte ja die

Gefahr nicht durch eine Contractsklage auf Schadenersatz abgewandt werden; wie war es mit allen Schenkungen vor der Lex Cincia: war da gar nichts sofort Unwiederbringliches möglich *)? Muste man da immer so indelicat seyn, seinem Schenker eine Stipulatio dupli zuzumuthen, wenn man seines Geschenks gleich sicher seyn wollte? Und wie nun endlich, wenn die bewegliche Sache als Pfand, vielleicht von einem sehr unzuverlässigen, jetzt schon ganz insolventen Schuldner übergeben wurde. Diesem soll er sie auch durch Interdict wieder entreißen können? Woher in aller Welt ein so sonderbares und unbilliges Recht? Der Buchstabe des Interdicts in L. 1. pr. D. utrubi **) kann dieß doch nicht erklären, denn so allgemein wie er da (gewiß unvollständig) steht begreift er auch den Fall, da der Besitzer zu seinem Gegner eine vitiosa possessio hat, und schließt die Accessio possessionis aus, da die Sache sich bei dem grade am längsten soll befunden haben, der sie durch das Interdict an sich ziehen will. Es hätte sich das Interdict dann ja auch nur auf Sklaven bezogen u. s. w. Und woher hier auf einmal die Literal-Interpretation?

Auf alle diese Fragen hat der Verfasser des vorstehenden Aufsatzes nur eine Antwort: »es konnte nicht anders werden.« Wollte man ein Interdictum utrubi überhaupt haben, mit dem bekannten Erforderniß des längern Besitzes im letzten Jahr, so kam das von selbst heraus. — Es wäre dann doch wohl besser gewesen, man hätte auf ein solches Interdict verzichtet. Das erklärt sich wohl, daß man bey dem häufigen Wechsel und Umschwung beweglicher Sachen den Besitz an diesen als Besitz nicht besonders gewehren wollte, wenn er nicht eine relative Dauer hatte; aber daß man dadurch zugleich dem Auctor dieses Besitzes selbst vorerst ein Mittel sollte in die Hand

*) S. nur Gaius IV. 151.

**) Praetor ait: utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.

gegeben haben, ganz unredlich seine eigne Tradition rückgängig zu machen, das ist unerklärlich, und unglaublich. Aber »es konnte nicht anders werden«, sagt der Verfasser; hätten im römischen Recht viele Prämissen auf solche Folgerungen geführt, so mögte nimmermehr das römische Recht so berühmt geworden seyn, wenigstens hätten die leicht gewonnen Spiel, welche heut am Tage gern jenen Ruhm verkleinern, und ihre eignen oder Andrer vortreffliche Gedanken über ihn erheben mögten.

Und warum konnte es denn nicht anders werden? Weil die Frage über die Autorschaft »in vollständige und in die tiefsten Untersuchungen über das Recht zum Besitze (ius possidendi) würde hineingeführt und so den Zweck des possessorischen Interdicts ganz würde vereitelt haben.« Der Verfasser setzt bey jener Frage voraus, »der Beklagte müsse sich darauf berufen, er habe die Sache von dem Kläger rechtlich erworben.« Sollte derselbe sich nicht hier von seinem eignen, von mir unterstrichenen Worte haben irren lassen? Verstehe ich ihn anders recht, so schwebte ihm vor, daß die Uebertragung des Rechts behauptet und bewiesen werden müsse; anders wenigsteus kann ich mir dieses ganze Bedenken nicht erklären. Aber nein die Uebertragung des Besitzes ist erforderlich, und genug. Allerdings darf das keine Detention seyn, es muß Possessio seyn, grade Interdicten-Besitz. Und muß denn nicht dieser auch bey den übrigen possessorischen Interdicten vom Kläger erwiesen werden? Gäbe das eine tiefe Untersuchung über das Recht, wenn die Possessio negirt wird, so könnte es gar keine Interdicte geben. Und wie viel verwickelter kann hier denn dadurch diese factische Untersuchung werden, daß auch noch behauptet wird, der Kläger habe selbst diesen Besitz übertragen? Das ist ja auch bloß faktisch. Allerdings kann der Titel woraus übertragen worden dabey in Betracht kommen, aber nur als Factum, nicht als Recht. Wer das In-

terdictum unde vi, oder uti possidetis anstellt, dem aber bestritten wird, daß er in eignem Namen besessen habe oder besitze, muß der sich nicht darüber ausweisen? Kann hier nicht Streit darüber entstehn, ob er das Grundstück zu Eigenthum oder in Pacht oder als Usufructuar oder wie sonst bekommen habe: causam possessionis kann er sich auch zu diesem Zweck nicht umändern. Und ist denn das bey dem Interdictum utrubi anders? ist es anders bey der Accessio possessionis hinsichtlich desselben? Ob ich als Miether oder Commodatar jemals ein Retentionsrecht gegen dieß Interdict haben kann, kommt hier gar nicht in Frage. Solche Personen haben gar keinen Auctor in dem Sinn, wie es hier zu nehmen ist, nämlich Auctor des Besitzes, den sie nie erlangt haben. Ganz anders schon beym Käufer und beym Pfandgläubiger; sollten diese sich gar nicht auf Accessio possessionis berufen können, wenn etwa ihr Auctor mit dem Dritten, der das Interdict anstellt, colludirte, und sie für bloße Stellvertreter in seinem Besitz ausgäbe, ungeachtet sie sich durch den Kauf- oder Pfandbrief ausweisen könnten? Daß hier der Titel (es kann auch reine Anmaaßung seyn, nur nicht eigenmächtige Mutatio causae) nur rein faktisch sey, erhellt aus folgendem Beispiel. A wird von B mit dem Interdict belangt, und B wendet ein, du hast mir die Sache geschenkt und übergeben, A aber replicirt, er habe sie übergeben aber nur verpfänden wollen; so ist die Sache gleich für den Besitzer entschieden, denn wie es nun auch mit der causa zusammenhängen mag, — vielleicht fehlt es an aller causa, weil über das Geschäft kein Consensus Statt fand — Possessio hat er doch immer übertragen wollen, folglich ist er sein Auctor, folglich kann er nicht interdiciren.

Das Resultat ist also: die bisherigen Zweifel und Bedenklichkeiten sind ohne Gehalt, und mithin wird es wohl bey der Hypothese so lange sein Bewenden haben, bis man etwas Besseres weiß. Um doch aber inzwischen diese noch etwas

mehr zu befestigen, ja ihr vielleicht die Ueberzeugung mancher Zweifelmüthigen zu gewinnen, wollen wir noch eine Pandektenstelle, für die Unterholzner vermöge seiner Voraussetzung eine ganze neue Interpretation gefunden hat, etwas näher ansehen:

L. 11. §. 13. D. de act. emt. vend. Ulp. lib. 32. ad Edict.

Idem Neratius ait, venditorem in re tradenda debere praestare emptori, ut in lite de possessione potior sit; sed Julianus libro 15 Digestorum probat, nec videri traditum, *si superior in possessione emptor futurus non sit*, erit igitur ex empto actio, nisi hoc praestetur.

Man halte nun gleich dagegen die viel besprochene Stelle der Vatik. Fragm.

§. 311. — . . . in rebus mobilibus etiamsi traditae sint, exigitur *ut et interdicto utrubi superior sit is cui donata est*, sive mancipi mancipata sit, sive nec mancipi tradita,

und meine Bemerkung Jahrg. I. H. 3. S. 237, Not. 80, daß wenn die geschenkte Sache noch nicht frey sey von dem Interdict des Dritten, es juristisch so gut sey, als wenn der Schenker noch gar nicht tradirt hätte: mehr wird in L. 11. §. 13. offenbar auch nicht gesagt. Alle, so viel ich weiß, verstanden diese Stelle bisher von dem Interdict des Dritten; Unterholzner versteht sie denn nun grade von unserem Fall, also von dem Interdict des Auctor. Nun lasse ich dem Göttinger Recensenten, dessen Wohlmeinung gegen mich ich mit Dank erkenne, die Wahl, ob er sich zu der neuen oder zu der alten Interpretation bekennen will. Wählt er das Erstere, so steht ihm alles das entgegen, was so eben gegen U. gesagt worden; wählt er das Letztere, so wird er wohl bekennen müssen, daß ich in den §. 311. nicht mehr und nicht unnatürlicher hineingetragen habe, als die

von ihm gebilligte Auslegung der L. 11. bey dieser thut; denn auch in dieser ist von Auctor und Successor (Verkäufer und Käufer, dem tradirt worden) die Rede, und nirgends wird der Dritte ausdrücklich erwähnt, der das Interdict anstellt, und immer ist es doch »propter eiusdem interdicti potestatem,« daß die Actio empti sofort auf Tradition, d. h. auf Vervollständigung derselben — denn der jurist. Besitz ist hier ja ohne alle Frage übertragen, also im regelmäßigen Sinn allerdings schon Tradition geschehen — geklagt und verlangt werden kann, daß diese durch Sicherung des Besitzes gegen das Interdict rein vollzogen werde. In dem einen Fall, damit der Käufer vollaus befriedigt werde, in dem Andern Fall damit die Schenkung ganz vollzogen und gegen die Cincia gedeckt werde, ist nöthig was in beiden Stellen mit gleichen Worten ausgedrückt wird:

> ut venditor (donator) praestet, ut emptor (is cui donatur) in possessione (in interdicto utrubi) superior futurus sit,

versteht sich immer wenn gegen ihn ein Dritter das Interdict anstellen sollte.

Zur Lex Voconia.

Cicero de re publica Lib. III. c. 10.

Von Hasse.

Die in der Ueberschrift bezeichnete Stelle des Ciceronischen Werks ist bekanntlich neu, und wir verdanken sie mit dem größesten Theil desselben Mai's Verdiensten. Sie redet von der Lex Voconia, nur leider grade von der interessantesten Periode ist schon die Hälfte, wie es scheint, (vergleiche die letzte Note zu dieser Abhandlung.), in der Handschrift nicht wieder herzustellen gewesen. Noch neulich erst äußerte ein Gelehrter, dem ein Wort hierüber zusteht [1], der gerettete Theil dürfe wohl, da in dem weggefallenen die eigentliche Aufklärung gelegen haben müste, »als unverständlich aufzugeben seyn.« Das darf uns aber doch nicht ganz abschrecken, und soll uns nicht bewegen, an aller Benutzung dieses neuen Fundes rein zu verzweifeln. Es mag hier daher ein Versuch gemacht werden, zwar nicht den Worten nach, die sich schwerlich in diesem Zustande restituiren lassen, aber doch dem Sinn nach die Stelle zu ergänzen. Ein solcher Versuch hat großen Reiz, denn gelingt er nicht, so darf man auf Nachsicht rechnen; und wer mögte nicht gern dazu beitragen, daß eine so eben aufgetauchte Sandbank schnell und ohne Zauberey zur grünen Insel werde? Zudem gilt es hier einem Stück des alten Rechts, welches nicht bloß für die Theorie des römischen Erbrechts, sondern auch für legislative Betrachtungen ungemeines Interesse hat.

1) Schrader Tüb. Krit. Zeitschr. I. 2. S. 136.

Das Capitel der Res Publica fängt damit an, daß Cicero seinen Sprecher Philus sagen läßt, die Gesetze und Rechtsgebräuche wären nicht bloß in den verschiedenen Völkern, sondern auch an demselben Ort bey demselben Volk zu verschiednen Zeiten unendlich verschieden, in Rom selbst hätten sie sich wohl tausendmal verändert und umgestaltet. Dabey beruft er sich auf das Erb- und Legatrecht der Weiber, über welches ein und derselbe Rechtskenner Manilius dermalen ganz anders sich aussprechen müsse, als er es in seiner Jugend gethan habe, »nondum lege Voconia lata.« Darauf folgt nun in der Mai'schen Ausgabe [2]) folgendes:

»quae quidem ipsa lex utilitatis virorum gratia rogata in mulieres plena est iniuriae. Cur enim pecuniam non habeat mulier? cur virgini vestali sit heres, non sit matri suae? Cur autem, si pecuniae modus statuendus fuit feminis, P. Crassi filia posset habere, si unica patri esset, aeris milliens, salva lege; mea triciens non posset . . . . .

Schwer zu deuten ist hier Mehreres, was aber den Schein der Unerklärlichkeit annehmen kann, ist nur dieses daß es das Ansehn gewinnt, als wolle Cicero sagen, nur die einzige Tochter, zu verstehen das einzige Kind weiblichen Geschlechts, habe die Voconia der Erbeinsetzung des Vaters frey gegeben, habe er mehrere Töchter oder nur mehrere Kinder gehabt, so habe er seine eigne Tochter nicht, wenn auch auf einen noch so kleinen Erbantheil, so wie überhaupt kein Weib einsetzen können; dagegen habe jene einzige Tochter die ganze unermeßliche Erbschaft des Vaters, wenn dieser wie Crassus reich gewesen, durch das Testament des Vaters bekommen können. Gradezu das Gegentheil sagt aber

2) In der Ausgabe von Heinrich Bonn 1828 lautet der Text nicht anders; wie sehr ist es aber zu bedauern, daß der Commentar dazu nicht bis an diese Stelle reicht.

Augustinus [3]) nämlich nach der Voconia habe »nec unica filia« zur Erbin eingesetzt werden können, und Cicero selbst an einer andern Stelle, nämlich in Verrem I. 41. spricht von dem Fall, da jemand seine einzige Tochter zur Erbin ernannt hatte, offenbar so daß er voraussetzen muste, wer censirt war, natürlich zu der gesetzlichen Summe und im letzten Census, konnte auch seine einzige Tochter nicht einsetzen.

Die Lösung dieses Widerspruchs, wenn sie gelingen sollte, wird jene Ergänzung von selbst mit sich führen.

§. 1.

Wenn man annehmen könnte, daß Crassus [4]) nicht, wohl aber Philus censirt war, so wäre die Lösung wie von selbst gefunden [5]). Allein theils ist es kaum glaublich, daß dieß nicht schon in der ersten, noch aufgetauchten Hälfte des Satzes, wo doch die bestimmte Angabe des Vermögens viel eher auf Censirte führen muste, sollte angegeben worden seyn; theils wäre es denn doch auch ein sonderbarer Vorwurf dem Gesetze selbst gemacht, welches darauf rechnen muste, daß alle Bürger würden censirt werden, und nur die wenig Bemittelten ausnehmen wollte. Wer so hoch censirt ist, heißt es, der soll kein Weib einsetzen können [6]). Wenn nun

3) De civitate dei III. 21. „Lex Voconia ne quis heredem feminam faceret, *nec unicam filiam*.“ Asconius in Cic. in Verr. C. 41. sagt nur allgemein: „ne quis . . . . heredem relinqueret filiam.“

4) Nicht der Triumvir M. Crassus, sondern P. Crassus Mucianus Dives.

5) Vgl. Hugo Rechtsgesch. S. 358, wo es aber nur wie hingeworfen vorkommt.

6) Gaius II, 274. Asconius ad Cic. in Verrem l. c. Dio Cassius LVI. 10. Daß die Angabe des Asconius (100000 Sesterze, nach unserm Gelde beynahe 5000 Thlr.) richtig sey, ist durch v. Savigny „über die Lex Voconia“ S. 6. 2c. 2c. mehr als wahrscheinlich geworden.

nachher Unordnung in den Census kam, und das Gesetz dadurch umgangen wurde, so war das doch nicht Schuld des Gesetzes. Freilich wird sich wohl immer ergeben, daß Philus diesem keinen gegründeten Vorwurf macht; allein ein so handgreiflicher Irrthum durfte doch auch in einem Dialog, der doch belehren sollte, nicht vorkommen. In diese Verlegenheit kommt man, denke ich, nur, wenn man so versteht als stände da, der ungeheuer reiche Crassus habe die einzige Tochter nicht einsetzen können. Es steht aber P. Crassi filia posset *habere* — aeris milliens, was erstan nicht mehr sagt, als: sie konnte hundert Millionen Sesterze 7) von ihrem Vater haben oder bekommen. Allerdings kann man dieß nun von seinem Erblasser bekommen auch aus seinem Testament, aber nicht bloß durch Erbeinsetzung sondern auch durch Legat, aber man kann es auch von ihm bekommen ohne Testament als sein gesetzlicher Erbe, und das läßt sich bey einer einzigen Tochter am leichtesten denken, denn was sollte den Crassus bewegen, der da wollte, daß seine einzige Tochter sein ganzes Vermögen haben sollte, diese erst in seinem Testament einzusetzen? etwa um ihr Legate aufzulegen? dann hätte sie es ja nicht ganz bekommen. Dieß führt von selbst auf den Gegensatz von Intestat-Erbfolge und testamentarischer. Crassus, will Philus sagen, kann seiner Tochter hundert Millionen Sesterze hinterlassen, weil sie als einziges Kind seine einzige Intestaterbin ist, während ich, der ich mehrere Kinder habe, nicht einmal durch ein Testament bewirken kann, daß

7) Nach Savigny's Erklärung dieses Ausdrucks bey Gaius in der angef. Schrift S. 8., also gegen fünf Millionen Thaler unsers Geldes. — Die Untersuchung, ob in unsrer Ciceronischen Stelle unter aeris auch Sesterze, oder vielmehr asses, und welche? zu verstehen seien, will ich den Philologen überlassen, denn uns kommt es hier nicht wie bey der voconischen Census-Summe, auf genaue Bestimmung an, sondern nur auf das Verhältniß von 3 zu 100 oder 30 zu 1000, was bey Cicero deutlich ausgesprochen ist. Zur leichtern Anschauung werde ich bey der ungefähren Reduction auf heutiges Geld die Sesterzen-Berechnung beybehalten. Wie sich das nachher rectificirt, daran liegt zu unserm Zwecke nichts.

sie drei Millionen [8]) bekomme, indem doch ihre Erbportion ab intestato auch nicht so viel beträgt.

§. 2.

So wäre es also dieselbe Schwierigkeit, welche hier in der Gestalt eines der Voconia gemachten Vorwurfs sich zeigt, mit der sich unsre Gelehrten schon so viele Mühe gegeben haben. Sie konnten es nicht reimen, daß dieselbe Person, welche ab intestato Erbin des Ganzen oder eines Theils werden konnte, je nachdem sie allein oder mit andern zusammen gesetzliche Erbin war, in einem Testament auch nicht auf den kleinsten Theil sollte haben zur Erbin eingesetzt werden können. Denn so viel können wir nach den bekannten Nachrichten [9]) als völlig ausgemacht annehmen, daß zu der Zeit, wie das Voconische Gesetz gegeben wurde, wenn auch nicht die entfernteren Agnatinnen, doch die soror consanguinea, und vor allen Dingen die Filia in potestate defuncti schon nach dem Civilrecht vollkommen erbfähig war, und daß die letztere mit dem Filius zu gleichen Theilen concurrirte und alle Agnaten ausschloß, die erstere aber mit dem Frater consanguineus eben so concurrirte und den entferntern Agnaten vorging; folglich die Filia welche einziges Kind war und die Consanguinea welche, indem zugleich der Ordo suorum fehlte, einzige Schwester ohne Brüder war, die ganze Erbschaft ab intestato erhielt. Wie hätte nun eine solche Gesetzeserbin nicht Testamentserbin auf einen noch so kleinen Theil des Nachlasses werden können! Allerdings auf den ersten Blick scheint das sehr wunderbar, wenn man nur bedenkt, daß die Absicht des Gesetzes doch gewiß nicht zunächst auf Erschwerung des Testirens ging, und doch sicher die Absicht hatte, die

8) Drey Mill. Sesterze werden nach unserm Gelde gegen anderthalb hundert tausend Thlr. seyn.

9) Gaius III. 7. 14. Ulpian. XXVI. 1. 6. Paul. R.S. IV. 8. §. 22. Collat. XVI. 3. in f. vergl. mit L. 14. pr. L. 15. init. C. de legit. hered. §. 3. I. de legit. agnat. Theoph. ad h. l.

Erbportionen der Weiber eher zu verkleinern als zu vergrößern, in manchen Fällen dann aber die Voconia der Verkleinerung eines weiblichen Erbrechts in den Weg getreten wäre, denn das Testament konnte ja eben so gut dazu gemacht werden, die gesetzliche Erbportion der Tochter und Schwester herabzusetzen, als sie zu vergrößern; vollends war eine solche allein da, so konnte grade der Testator im Geist des Gesetzes (»Voconiana ratione«) die Ueberfüllung eines Weibes mit Gütern durch die Institution, in welche er sie nur für einen Theil einschloß, verhindern wollen; und nun sollte doch die Institution so weit sie der Tochter (Schwester) etwas gab, ungültig seyn, da ihr doch ohne die sie beschränkende Institution überhaupt alles hätte hinterlassen werden können? War aber eine solche Erbin allein eingesetzt, ohne Substitution, so war das Testament allemal ganz nichtig, von Codicillen und Codicillarclausel wußte man damals nichts, die Legate, wodurch der Verstorbene den Reichthum dieser weiblichen Verwandten hatte mäßigen wollen, die Tutel, die Libertates, die Pupillarsubstitution, alles ging zu Grunde; die Erbin selbst aber bekam nun alles nach dem Gesetz. Denn wenn es gleich unglaublich ist, daß während andre Erben mit dem Weibe zugleich eingesetzt waren, das ganze Testament hätte ungültig seyn sollen, so kann es auf der andern Seite, dünkt mich, auch nicht bezweifelt werden, daß die Institution des Weibes ganz ungültig war, daß die Voconia also keine imperfecta lex wie die Lex Cincia war [10]. Wie hätte Verres [11]) dem L. Annius, welcher der eingesetzten einzigen Tochter substituirt war, die Erbschaft (»hereditatem« [12]), vermöge eines der Lex Voconia nachzubildenden Edicts nur mit einigem Schein zum Geschenk anbieten können,

10) Ulp. I. 1. Rhein. Mus. I. 3. S. 241 ꝛc. — Vgl. Hugo Rechtsgesch. Abth. I. S. 510. Z. 25. ꝛc.

11) Cicero in Verrem. II. 41.

12) Es ist mir nicht unbekannt, daß „hereditas" sonst wohl grade Erbeinsetzung bezeichnet, die Universalsuccession, und wohl gar die

wenn nicht 1) die Institution der Tochter darnach unkräftig war und 2) wenn nicht andre Erbeinsetzungen so wie hier die Substitution, gültig blieben, indem jene hinwegfiel? Wie hätte ferner P. Sextilius Rufus [13]) sich nur mit einigem Schein auf die Lex Voconia, welche nicht zu umgehen ihn Eid und Pflicht mahnten, berufen können, indem er die ganze an die Tochter fideicommittirte Erbschaft für sich behielt, wenn nicht jenes Gesetz die heredis institutio, sobald diese geschehen wäre, unkräftig gemacht hätte? Endlich wie hätte Gajus [14]) sagen können: »mulier, quae — — per legem Voconiam heres institui *non potest*, wenn sie nicht eine Lex perfecta gewesen wäre.

§. 3.

Auch das noch, wie Savigny [15]) so richtig bemerkt, erhöht die Bedenklichkeit, daß wenn der Vater dem Verbot des Gesetzes zufolge die Tochter nicht, wohl aber andre Erben, Söhne oder was es seyn mogte, zur Erbschaft rief, erstere auch nicht exheredirte, das bekannte Accrescenzrecht [16]) der Töchter in der Gewalt eintrat, und die Einsetzung theilweise umstieß. Dann, scheint es, wurde der Testator also dafür bestraft, daß er dem Gesetz gehorsam gewesen.

§. 4.

Diese ganze Darstellung, so scheinbar sie ist, — und ich glaube ihrer Schärfe hier nichts entzogen, sondern wohl eher etwas zugesetzt zu haben, und auch noch unten (§.16.) wird etwas hinzugefügt werden — wird doch schon dadurch verdächtig, daß

civile allein; aber das kann hier ja nicht der Sinn seyn, sondern grade das nachgelassene Gut.

13) Cicero de finib. II. 17: „Tenuit permagnam Sextilius hereditatem.“

14) II. 247.

15) A. a. O. S. 17.

16) Ulp. XX. 17. Gaius II. 124.

der plausibleste Ausweg, den man bisher ersonnen hat, die Klippe zu umlenken, doch recht besehen nicht fahrbar ist. Hugo meinte, man müsse annehmen, daß die Lex Voconia nur solche Frauen, die überall kein Intestaterbrecht hatten, betroffen, also die sua heres und die consanguinea nicht mit begriffen habe; und Savigny [17]) tritt dem bey. So sehr ich aber auch das Gewicht dieser Zusammenstimmung anerkenne, so muß es doch gewagt werden die Meinung zu bestreiten, und darf es um so eher, da Beide doch, keine Gewißheit versprechend, noch einen andern nach ihrer Meinung nicht verwerflichen Erklärungsversuch daneben stellen [18]). Es ist das dieser, daß Intestaterbinnen durch die Agnatentutel schon genugsam gezügelt waren, der instituirende Testator dagegen habe seiner Erbin auch einen Extraneus zum Tutor ernennen können [19]). Dem steht aber entgegen, daß dieß nur bey der Sua, nicht bey der Consanguinea, der ihr Bruder keinen Tutor ernennen konnte, die Widersinnigkeit heben kann; und wollte man denn sagen, wenn man die Institution der Sua verbot, so konnte man doch unmöglich die der Consanguinea stehn lassen, so würde dann freilich eine Gesetzgebung herauskommen, die um nur mit sich selbst in Harmonie zu bleiben, sich bald nach außen eine Disharmonie, bald, wo es glückte und sich schickte, keine gefallen lassen muste. Es steht aber auch entgegen, daß der Vater auf jeden Fall der exheredirten Tochter die Hälfte der Erbschaft als Legat geben und ihr dann einen Tutor bestellen konnte, selbst wenn sie ab intestato viel weniger bekommen haben würde. Ueber den Punkt des Legats noch unten.

17) A. a. O. S. 18. Not. *). Vgl. Hugo Rechtsgesch. Abth. I. S. 356. 357. und S. 360 Z. 5 bis 10.

18) Der Vorschlag Andrer, welche von allen Quellen verlassen, dadurch zu helfen suchten, daß sie sich ein derselben Zeit eigenthümliches Intestaterbrecht rücksichtlich der Weiber ausdachten, ward mit Recht verworfen.

19) Dieß letztere spricht wenigstens auch Savigny aus a. a. O. S. 17. 18. Vgl. damit Hugo a. a. O. S. 357. Z. 18 bis 18.

§. 5.

Kehren wir zu der mehr innere Wahrscheinlichkeit versprechenden Vermuthung zurück. Es scheint mir nun aber viel zu gewagt, das Gesetz auf eine Tochter, die nach dem Recht gar nicht erbte, also, wenn man das prätorische Edict gleich mit hineinzieht, wie Savigny, auf

1) eine Tochter, die einem fremden Vater in Adoption gegeben war,

2) eine Tochter in manu mariti,

3) eine von ihrer Mutter eingesetzte Tochter zu beziehen, indem doch Asconius von einer Tochter im allgemeinen, Augustinus von einer einzigen Tochter eben so allgemein spricht [20]). Wollte man sich auch bey dem ersteren gefallen lassen zu subintelligiren, es habe Fälle gegeben, wo man auch eine Tochter nicht habe einsetzen können, so legt doch der letztere auf das »unica« alles Gewicht, und will offenbar sagen, das Gesetz habe nicht einmal eine einzige Tochter zur Erbin zu ernennen gestattet. Dieses wäre denn ja gar nicht wahr gewesen, und auch jenes nicht, wenn man nicht eine sehr laxe Interpretation sich gefallen lassen will. Dazu kommt noch, daß bekanntlich so sehr oft die Tochter in der Gewalt schlechtweg durch filia, nicht aber leicht so die Tochter außer der Gewalt bezeichnet wird, und daß wo es auf den Unterschied der einen von der andern ankommt, bey der letztern gewiß nicht das unterscheidende Beywort fehlen wird. Oder dürften die Worte: »heredem *facere*« bey Augustinus so gepreßt werden, daß sie hießen: eine Frau zur Erbin machen, die es sonst, nämlich nach dem Recht, nicht gewesen wäre? Bey Asconius steht dafür heredem *relinquere*, und beides heißt doch gewiß nichts anderes, als: heredem *instituere*. Es scheinen mir aber auch jene vorzüglichen Gelehrten hinsichtlich dieses Punktes mehr auf die

20) S. oben Not. 3.

Stellen von Asconius und Augustinus, als auf die hier erheblichen Stellen von Cicero geachtet zu haben. Wenigstens äußert sich Savigny (S. 19.) bloß darüber bedenklich, daß sich diese sonst so natürliche Auflösung nicht so genau, als die zuerst beurtheilte, an die Worte jener beiden anschließe.

§. 6.

Aber auch Cicero de finibus II. 17. [21]) spricht von einer »filia«, und da ihr »omnis hereditas« restituirt werden sollte, von einer unica. Wir wollen darauf kein größeres Gewicht legen, daß dieselbe nachher Cap. 18. »una filia« genannt wird; aber ich kann es mir nicht denken, daß Cicero in dieser ausführlichen Erzählung nicht durch einen kleinen Beysatz sollte angedeutet haben, welche Art von Tochter gemeint war, er konnte es bequem durch die drey Worte: in aliena

21) Was hier vorgetragen wird, ist kurz dieses. Um die Epicuräer zu widerlegen, welche meinten, das Vergnügens=Princip führe eben so gut als das Sittlichkeits=Princip zur Redlichkeit im Betragen, denn der Unredliche gelange nie zum ruhigen Genuß, weil er immer der Strafe ausgesetzt sey, und um dagegen zu zeigen, daß Schlechtigkeit keine Feigheit voraussetze, und ungestöhrte Lust gewähren könne, wird folgendes Beyspiel angeführt. Q. Fadius Gallus setzte den P. Sextilius Rufus zum Erben ein, bemerkte aber in seinem Testament, daß er ihn ersucht habe, die ganze Erbschaft an seine (des Erblassers) Tochter herauszugeben. Sextilius hatte dazu keine Lust, suchte sich aber den Schein des Gerechten zu geben. Er rief seine Freunde zusammen, worunter sich auch Leute von Ansehn und bewährter Rechtskenntniß befanden, und legte diesen den Fall vor. Theils gab er vor, der Erblasser habe ihn nicht wirklich gebeten, da dieß aber keinen Glauben finden konnte, so war sein Hauptvorwand, er müsse dann behülflich seyn, die Lex Voconia zu umgehen, welche nicht wollte, daß ein Frauenzimmer (selbst wenn sie eine einzige Tochter wäre) Erbin werden sollte: auf diesem Umwege würde das aber erreicht werden. Dieß sey denn nun gegen sein Gewissen. Die Freunde waren so artig, dem nicht gradezu zu widersprechen; keiner, heißt es, stimmte dafür, daß er der Tochter mehr geben müsse, als ihr nach der Lex Voconia gegeben werden dürfe. Und so behielt er die ganze Erbschaft und befand sich wohl dabey. Daß jene Freunde ihm doch gerathen hätten, nämlich endlich und im Ernste, die fideicommittirte Erbschaft herauszukehren, steht nicht da, sondern es wird nur die Bemerkung hinzugefügt: hätte er die gefragt, welche das Gute und Gerechte zum absoluten Princip machen, Stoiker also, so würde er keinen Heller der Erbschaft angerührt, sondern alles der Tochter überlassen haben.

potestate, denn dieß erschöpfte hier alle drey obigen Nummern, da hier von einem Vater die Rede war. Allerdings wollte auch Cicero nicht den Inhalt der Lex Voconia hier entwickeln, aber er wollte doch eine gleich von Anfang für sich verständliche Thatsache vortragen. Wenn ein Referent heut zu Tage ein Factum vortrüge, welches nur bey einem verheiratheten Frauenzimmer die grade in Betracht zu ziehende juristische Bedeutung hätte, würde er wohl von einem Frauenzimmer im allgemeinen sprechen ohne nähere Bezeichnung, gesetzt auch jeder im Collegium, wenn ihm das Ganze erst entwickelt worden, könnte vermöge seiner Rechtskenntniß schließen, daß eine Ehefrau gemeint sey? So selten sind doch die Jungfrauen nicht bey uns, und die filiae in potestate parentis naturalis waren gewiß bey den Römern nicht seltener. Noch mehr gilt dieß aber von der angeführten Stelle der Verrinischen Rede II. 40. ꝛc. [22].

22) Das Factum ins Kurze gezogen ist dieses: Verres wird beschuldigt als Prätor ein Edictum novum gemacht zu haben, und zwar zu dem Zweck, um einer einzigen Tochter die Erbschaft ihres Vaters zu rauben, und sie einem Andern, von dem er sich hatte bestechen lassen, zuzuwenden. Der Vater P. Annius Asellus hatte sie in seinem Testament zu seiner einzigen Erbin ernannt, ihr aber einen gewissen L. Annius substituirt. Hätte die Lex Voconia diesen Fall treffen können, so würde die Einsetzung der Tochter als nicht geschrieben angesehn worden seyn, und L. Annius wäre als heres primi gradus eingerückt. Allein der Testator war nicht censirt, das Gesetz sprach aber nur von Censirten. Das Testament war schon gemacht, auch der Testator bereits gestorben, wie Verres noch nicht Prätor war. Dieser aber schon als designirter Prätor unterhandelte mit dem L. Annius und den Tutoren der Tochter, die hier Pupilla genannt wird, über die Erbschaft und auch die Mutter der letzteren scheint zugezogen worden zu seyn. Der erstere sollte ihm Geld geben, damit er zu seinem Vortheil ein neues Edict machte, die letztern damit er es nicht machte. Die Tutoren trugen Bedenken, wie sie das (am Ende der Impubertät des Mädgens) in Rechnung bringen sollten, sie fürchteten auch die Strafe der Bestechung: er ließ sie mehrmals zu sich kommen, sie sagten immer nein. Nun sollte dem L. Annius mit der Erbschaft ein Geschenk gemacht werden, und das ward so beym Antritt der Prätur vollführt. Auf die Lex Voconia sich berufend edicirte Verres, daß kein Weib zur Erbin eingesetzt werden dürfe. Die Beschränkung auf censirte Testatoren ließ er hinweg, um aber doch der Censoren im Edict zu erwähnen, und zugleich seine neue Vorschrift auf einen vergangenen Fall, der sich vor seiner Prätur ereignet hatte, zu beziehen, bediente er sich der Clausel:

Hier kommt wieder eine »unica filia« patris vor [23]). Daß Cicero hier nicht die Summe, wozu einer censirt seyn muste, um dem Verbot unterworfen zu seyn, angab, erklärt sich freilich leicht daraus, daß es ihm nur darauf ankam, bald (Cap. 41.) darauf aufmerksam zu machen, daß die Lex Voconia immer einen wirklich Censirten vorausgesetzt, und dagegen Verres sein Voconianisches Edict auf einen Nichtcensirten mit gerichtet habe, bald (Cap. 42.) bemerklich zu machen, daß nur Verres seinem Edict rückwirkende Kraft beygelegt, die Voconia dagegen ihre Vorschrift nur auf die Zukunft: »qui post eos censores census esset« gestellt habe. Allein daß er in einer ausführlichen Erzählung und bey einem weitläuftigen Angrif auf seinen Gegner sein Factum so mangelhaft sollte vorgetragen haben, kann ich nicht glauben. Oder hatte Verres sein Edict so allgemein gefaßt, wider das Muster der Lex Voconia? Und Cicero sollte dieß nicht zu einem neuen Vorwurf benutzt haben? Oder wollte er ihm so einen versteckten Vorwurf machen, der nicht gegründet war? Es ist nicht die Art guter Advokaten, handgreiflich dem Gegner Unrecht zu thun, wenn ihnen triftige Gründe zu Gebot stehn, wie hier, daß der Vater nicht censirt, und das Edict gleichsam zurückdatirt war. Endlich,

qui ab A. Postumo, A. Fulvio censoribus, postve ea *fecit, fecerit.* So habe die Lex Voconia nicht gelautet, und das sey ohne Beyspiel, sagt Cicero, daß man so eine Lex, geschweige denn ein Edict auf die Vergangenheit stelle, und rückwärts etwas verbiete, was damals, wie es geschah, eine durch kein Gesetz dem Thäter verbotene, eine natürlich gute, ja pflichtmäßige Handlung, wie die Einsetzung einer Tochter, sey. Auf diese Weise aber habe Verres darnach getrachtet, das junge Kind, deren Tutoren ihn nicht hatten bestechen wollen, rein auszuplündern, und ihr mit der Erbschaft ihres Vaters den Schmuck ihres Standes und jede Möglichkeit, ein gentiles Leben zu führen, (togam praetextam, — ornamenta non solum fortunae sed et ingenuitatis) zu entreißen.

23) Es versteht sich, daß man nicht sagen kann: wenn die Richter hörten, es sey eine einzige Tochter allein eingesetzt, so wußten sie auch, daß von einer Nichtintestaterbin die Rede war, denn wozu sonst diese einsetzen? Das konnte ja der unwesentlichen Theile des Testaments, der Legate u. s. w., auch schon allein einer Substitution wegen, wie sie hier vorkommt, geschehen.

was mir die Sache abzuschließen scheint, alle drey obigen Num, mern der nicht gesetzlich zur Erbschaft gerufenen Töchter können in dem Fall der Verrinischen Rede nicht füglich gedacht werden. Es kann nicht seyn eine von der Mutter instituirte Tochter, denn der Vater hatte sie eingesetzt, nicht eine filia in manu, denn es war eine impubes, und will man unter der pupilla eine pubes sub tutela (sie wäre dann selbst wohl gefragt worden) verstehn [24]), so setze ich hinzu, sie konnte weder in manu mariti, noch in potestate patris adoptivi seyn, denn sie hatte Tutoren. Doch könnte man sich damit helfen, daß man sagte, die Ehe war aufgelöst, die Adoptivtochter war emancipirt worden; dann, erwidre ich, hatte sie das Recht der Emancipata [25]) nach prätorischem Recht, und war Intestat-Erbin; fand vielleicht dieses Recht zur Zeit des Voconius noch nicht Statt, so könnte doch nicht bezweifelt werden, daß wenn die Intestat-Erbinnen als solche in der Voconia ausgenommen waren, während es noch keine andre als Civilerbinnen gab, der Prätor in der Folge seine Erbin gewiß auch hier einschob, und sie zur Excepta machte,; und zu Cicero's Zeit galt schon dieß prätorische Recht. Es bliebe also nur allein noch übrig, sich eine filia in aliena familia zu denken, deren (Mann oder) Adoptivvater, ohne sie vorher emancipirt zu haben, gestorben war, da sie denn freilich den natürlichen Vater nicht ab intestato erben konnte; aber wie läßt sich denken, daß Cicero diesen einzigen engen Punkt nicht sollte beleuchtet, und den vorzutragenden Fall so unmäßig nachlässig charakterisirt haben? indem er doch viel unerheblichere Thatsachen vor seinen Zuhörern sorgfältig ausbreitet. Es ist aber auch deutlich zu erkennen, daß eine femina imperfectae aetatis gemeint war, denn die Furcht der Tutoren vor der Rech-

24) Vergl. L. 20. D. de R. N. — Es versteht sich von selbst, daß ich mir selbst die folgenden Einwendungen mache, und sie nicht etwa Denen in den Mund lege, deren Meinung ich hier in Zweifel ziehe.

25) „Adoptio tamdiu nocet, quamdiu quis in familia aliena sit;" L. 6. §. 4. D. de B. P. c. t. u. s. f.

nungsablage, welche erwähnt wird, konnte bey einer nubilis mulier, die selbst die Administration hatte, nicht gedacht werden [26]), und so zieht sich der Punkt der Möglichkeit noch immer enger zusammen: dieß junge Kind mußte denn (sie, die einzige Tochter eines reichen Mannes) neulich adoptirt schon seinen Adoptivvater durch den Tod verloren haben, und es wird um so unbegreiflicher, daß Cicero über diese besonderen Umstände gänzlich sollte geschwiegen, und die Begriffe der Richter durch Zweifel und Fragen, die nicht laut werden konnten, verwirrt haben. Nur durch die vollkommenste Notorietät des ganzen Vorgangs [27]) für alle Hörer ließe sich dieß allenfalls erklären, und diese macht denn wieder die übrige Breite der Erzählung unerklärlich. Und wie unwahrscheinlich ist es schon an sich, daß das ganze Factum sich in der Art sollte zugetragen haben. In C. 43. kommt freilich ein andrer Fall zur Vergleichung vor, wo eine Mutter ihr Kind eingesetzt hat; in C. 44. aber wird die Liebe aller Väter gegen ihre Töchter, auch die seinige gegen seine (in adoptionem gegebene?) Tochter wider das Verrinische Edict aufgerufen und in Anspruch genommen. Wollte Cicero grade diesen Umstand unterdrücken, daß das Kind in einer Adoptivfamilie sich befand, so hätte er dem Verres die Handhabe zu seiner Vertheidigung selbst gereicht, und die Declamation (C. 44. m.) über die Ausplünderung des Mädgens wäre belacht worden. Und nun endlich also, ein reicher Vater sollte seine noch nicht zwölfjährige Tochter einem armen Manne in adoptionem gegeben haben, der ihr nichts hinterlassen hätte, wovon sie anständig hätte leben können!

§. 7.

Folglich jene sich sonst so sehr empfehlende Art und Weise, die Schwierigkeiten zu lösen, scheint neue Schwierig-

26) Gaius I. 190. etc.

27) Mir ist nicht entgangen, was Cicero §. 40. init. selbst darüber im allgemeinen sagt, aber das war wohl gewiß nicht ernsthaft, und am wenigsten absolut gemeint.

keiten hervorzurufen, welche vielleicht größer sind als jene, die sie zu heben suchte. Aber damit, daß dieß gezeigt worden, ist der Vorwurf, welcher mit so vielem Schein der wörtlich getreuen Auslegung der historischen Zeugnisse gemacht wurde, nämlich daß sie auf Widersinnigkeit und Verkehrtheit in der römischen Gesetzgebung führe, noch keineswegs aus der Welt geschafft, vielmehr tritt er nun erst wieder recht bedeutend hervor. Daß Cicero auch seinen Philus diese Gesetzgebung tadeln und als in sich widersprechend darstellen läßt, kann uns hierüber nicht beruhigen, theils weil man schon gleich den ersten Vorwurf: »cur pecuniam non habeat mulier?« für die Zeit, wo das Gesetz gegeben wurde, nach einiger Ueberlegung ganz ungegründet finden muß [28]; theils weil uns die Antwort im Dialog fehlt, die dieß alles vermuthlich befriedigend wird beseitigt haben. Wir müssen also für den Lälius die Antwort übernehmen, und den Cicero sich selbst erwidern lassen, was er vielleicht nicht erwidert hat, aber doch mit einigem Grund erwidert werden kann. Ließe sich nämlich zeigen, daß jene Widersinnigkeit mehr in strenger Rechtsconsequenz und im Tenor iuris als in den endlichen Wirkungen allenthalben und im praktischen Resultat erschiene, so wäre schon viel gewonnen, denn daß sich bei einer Gesetzgebung, wie die des Voconius, welche nicht wie das prätorische Edict zu thun pflegte, das Neue aus dem Alten, Zweige und Blätter aus dem Stamm, allmählig und wie organisch sich entwickeln ließ, sondern die nach einer politischen Raison scharf und eigenthümlich in das Recht ein-

28) Bey *Gellius* N. A. XX. 1. m. heißt es dagegen: »quid utilius plebiscito Voconio de coercendis mulierum hereditatibus?“ — Justinian in L. 4. C. de liber. praeter. tritt freilich wieder dem Philus zur Seite: „Qui tales differentias inducunt, quasi naturae accusatores existunt, cur non totos masculos generavit, ut unde generentur non fiant.“ — Eine andre Frage ist, ob es überhaupt weise war, sich die Ausrottung eines schon, wie man es erkannte, eingerissenen Uebels dieser Art, von einem Gesetz zu versprechen, welches der schlechten aber schon beliebten Sitte den Krieg ankündigte? Der Erfolg der Lex Voconia so wenig als der Lex Julia und Papia Poppäa, spricht sehr dafür.

griff, ähnlich der Lex Julia et Papia Poppaea, die nur von bei weitem größeren Umfang war; daß, sage ich, bey einer solchen Gesetzgebung alle Conflicte mit sonstigen Rechtsgrundsätzen sollten vermieden, alle Unebenheiten geschlichtet, und in Hinsicht auf reinen Zusammenhang das kunstgeübte Auge eines Juristen vollkommen sollte befriedigt werden, das ließ sich weder fordern, noch erwarten. Ehe dieses Gesetz gegeben wurde, muste längst vollständige Freiheit gewesen seyn, Weiber so gut als Männer zu seinen Erben zu ernennen, wenn auch vielleicht in den ersten Zeiten Roms, vor den zwölf Tafeln, die Erbeinsetzung eines Weibes nicht möglich gewesen seyn mogte, sofern nämlich damals nur allein in den Comitien oder in Procinctu, wo Weiber nicht hingehörten, Testamente errichtet werden konnten, der wahre Erbe selbst aber immer noch als Familiae emptor zugegen war. Mogten auch noch zu Voconius Zeit Reste dieses alten Rechts seyn, daß Weiber selbst nicht testiren konnten, daß sie (was sich bekanntlich immer erhalten hat) nicht Zeugen seyn konnten bei einem Testament; im Punkt der Erbeinsetzung ward es längst nicht mehr beobachtet; und so konnte das Verbot, die Weiber zu instituiren nicht durchgesetzt werden, ohne theilweis eine Revolution im Erbrecht zu bewirken.

§. 8.

Denken wir uns nun einen Mann, der mit seinen Rathgebern, deren Voconius bekanntlich sehr tüchtige hatte, dafür hält, daß sich schon zu viele Schätze in den Händen der Weiber befinden, daß Gefahr sey, dieser Weiber-Reichthum werde noch immer mehr durch Erbschaften heranwachsen, wenn man dem nicht Einhalt thut, die Kraft und innere Würde der agnatischen Familien werde dadurch immer mehr geschwächt werden, daß so das Vermögen durch Verheirathung, in manum conventio und Dotation von einer Familie in die andre wandre, und auch von üppigen Frauen selbst vergeudet werde; ja daß der Staat selbst dabey gefährdet sey, wenn Weiber sich Einfluß

auf Politik, Wahl der Magistratus, und Verwaltung durch grosse Summen erkaufen, und so Unordnung und Bestechlichkeit zur Regel machen können [29]. Denken wir uns ferner, daß dieser damit umgeht, eine Lex de coercendis mulierum hereditatibus zu rogiren, daß er aber wohl einsieht, er müsse sich gewisse Grenzen setzen, wenn er mit seinem Vorschlag durchdringen wolle, und nicht mehr aber auch nicht weniger als sein Zweck erfordert, in das bisher bestehende und in das natürliche Recht eingreifen. Er hat nun ein altes ehrwürdiges Gesetz vor sich, wie die zwölf Tafeln, welches in Verbindung mit einem alten Gebrauch die Intestaterbfolge bestimmt hat. Dieses Gesetz hat zwar auch die Testamente frey gelassen, aber in Hinsicht der Personen, welche darin eingesetzt werden können oder müssen, gibt es mancherley Beschränkungen, die sich nach dem Rechtsgebrauch von selbst verstehn. An diesen Rechtsgebrauch will er sein neues Gesetz anschließen, indem dieses eine sehr beträchtliche Beschränkung hinzufügen soll, er erinnert sich vielleicht dabey, daß in uralter Zeit Weiber gar nicht zu Erben durch Letzten Willen ernannt werden konnten, obgleich es nie an Fällen fehlen konnte, wo Weiber unmittelbar nach dem Gesetz Erbinnen wurden. Seine Absicht ist nun gar nicht — denn darauf würde vergeblich seyn zu zielen — jede Möglichkeit aufzuheben, daß ein Weib einmal sehr reich werde, er will nur eine größere Seltenheit dieser Fälle hervorbringen, es mag auch durch Erbschaft geschehen können, so gut wie durch Geschenk, aber das soll nur nicht so häufig, nicht alle Tage vorkommen können, selbst durch Testament mag ihnen ein Erkleckliches noch zugewandt werden können; aber dieß soll doch so eingeschränkt werden, daß es im Ganzen angesehen, nicht alle Schranken des Schicklichen übersteigen kann. Die gesetzliche Erbfolge, auch so weit sie die Weiber zur Erbfolge ruft, will er ganz unberührt lassen — diese anzutasten würde sich auch

29) Quinctil. Declamat. 264. „Ne feminae nimias opes possiderent, ne potentia earum civitas premeretur."

das Volk nicht entschließen —, selbst die schon nach dem Recht vorhandene Nothwendigkeit gewisse nah verwandte Weiber in seinem Testament nicht zu übergehen, darf nicht berührt werden; dennoch soll auch auf der andern Seite das Gesetz nicht die Instution der Weiber, auch nur einer Art und Verwandtschaft, besonders begünstigen, und gewissermaßen dazu einladen, sondern sobald ein Testament als solches wirkt, sollen sie sich alle gleich stehen, und wo auch das neue Gesetz nicht direct dadurch wirken kann, daß es die Intestaterbfolge verändert, da soll es doch indirect dadurch wirken, daß es, sobald Jemand der volksthümlichen Neigung durch Letzten Willen seine Beerbung zu bestimmen folgen will, allemal mit seinem Verbot eintritt. Endlich will er überhaupt seinen Gesetzesvorschlag so einfach als möglich einrichten, und keine oder doch fast keine Exceptionen in dasselbe aufnehmen, um nicht alles wieder zu verwickeln und zu verwirren.

§. 9.

Setzen wir nun dieß alles in dem Plane und der Ueberlegung des Voconius, wie er die Lex beabsichtigte, voraus, und nehmen wir dazu, daß eine simple kunstlose Behandlung des Rechts, nur mit einem sehr glücklichen praktischen Tact verbunden, den damaligen Römern eigen war; so dürfen wir uns wohl nicht wundern, wenn drey kurze Sätze vielleicht den ganzen Inhalt der Rogatio und demnächst des Plebiscits (v. J. 585.) ausmachten:

1) niemand, der zu hundert tausend Sesterzien seit den nächsten Censoren censirt seyn wird, soll irgend ein Weib, sey es eine Jungfrau, sey es eine verheirathete Frau oder Witwe, zur Erbin (gültig) einsetzen können [30].
2) Dem Weibe soll man auch nie mehr als die Hälfte seines Vermögens als Legat hinterlassen können. [31]).

30) Cicero in Verrem., I. 42. „ne quis heredem virginem, neve mulierem faceret." Vergl. Asconius et Augustin. l. c.

31) Quinctil. Declamat. cit. „Ne liceat mulieri plus quam dimidiam partem bonorum relinquere." Die Ueberschrift hat in gleichem

3) Ueberhaupt soll niemand, er mag Mann oder Weib seyn, durch Legat oder mortis causa capio mehr bekommen können, als der Erbe, und wenn mehrere Erben ernannt sind, diese zusammengenommen [32].

Diese Sätze sind nun aber auch grade diejenigen und die einzigen, welche wir in den Quellen finden. Der dritte lag nicht an sich in dem Plane des Gesetzes, wie wir ihn so eben entwickelt haben, aber er wurde leicht daran gebaut, da sich auf solche Weise zugleich der Zweck erreichen ließ, dem die Lex Furia vergeblich nachgetrachtet hatte [33]), nämlich zu verhindern, daß durch Ueberhäufung mit Legaten nicht täglich ein Testament destitut würde. Der zweite, wie man ihn auch verstand, machte sehr natürlich den Uebergang und bildete das Verbindungsglied zwischen den beiden sonst heterogenen Haupttheilen des Gesetzes, und Quinctilian a. a. O. gibt dieß als den Inhalt des Gesetzes an. Schrader a. a. O. macht darauf aufmerksam, daß man den Bericht von Quinctilian zu sehr auf die Seite geschoben habe, und beruft sich deshalb auf die Worte in unserer Stelle der Res publica: »de mulierum legatis et hereditatibus [34]). Daß übrigens Quinctilian in seinem rhetorischen Probestück die Sache verdreht, darf uns hierbey nicht irre machen. Es waren zwey Weiber in einem Testament jede zur Hälfte zu Erben eingesetzt worden, und von den Verwandten wurde darauf das Testament aus der Lex Voconia als ungültig angegriffen. Es war nun ein ziemlich grober, aber den Advokaten, in Ermangelung guter Gründe,

Sinn: „Fraus Legis Voconiae: ne liceat mulieri nisi dimidiam partem bonorum dare."

32) Gaius II. 226. „Ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent." Vergl. Theophilus zu pr. I. de Lege Falcid.

33) Gaius II. 225. und die in der Göschen'schen Ausgabe hierzu citirten Quellen.

34) Vergl. pro Balbo c. 8. (legem) tulit Q. Voconius de mulierum hereditatibus. Offenbar sind hier hereditates mulierum Erbeinsetzungen, womit Weiber bedacht waren, wie Legata mulierum solche, die ihnen gegeben waren.

nicht ungewöhnlicher Kunstgriff, zur Vertheidigung des Testaments das erste Capitel der Lex de hereditatibus mulierum ganz zu ignoriren, was hätte sich gegen dieses auch noch sagen lassen? dagegen aber das zweite de legatis mulierum hervorzuziehen, und den Nerv der Vertheidigung daran zu legen, daß ja wirklich keiner der Frauen mehr, als ihr nach dem Gesetz zukäme, gegeben würde, es also eine ganz falsche Interpretation des Gesetzes (freilich auf allen Fall nur dieses Capitels) sey, daß das Testament darum ungültig seyn müsse, weil die Erbmasse durch die Freigebigkeit an die beiden Frauen erschöpft würde. Dieß ist mit kurzen Worten der Inhalt der langen Declamatio, und es läßt sich wohl daraus abnehmen, daß es eine solche besondere Bestimmung über die Legate der Weiber in der Voconia gegeben habe, wenn auch das dritte Stück derselben dieses zweite, nach Quinctilians Auslegung, wieder mit enthielt, da wer nicht mehr durch Legat erhalten darf als der Erbe an Gut zurückbehält, auch nie mehr als die Hälfte des von Schulden erst gereinigten Nachlasses bekommen kann. Allein es ergibt sich zugleich, daß es Juristen gab, die das zweite anders auslegten, und zwar so, daß wenn der Testator mehrere Weiber mit Legaten bedenken wollte, er diesen doch auch zusammen nicht mehr als die Hälfte des ganzen Nachlasses geben konnte, eine Auslegung, die nach Sinn und Zweck des Gesetzes (mens legis), wenn die Worte sie nur einigermassen ertrugen, nothwendig vorzuziehen war, denn was konnte das Gesetz viel nützen, wenn so jeder seine ganze Erbschaft unter Weiber verstreuen konnte? Die Zweideutigkeit, die in dem Wort »mulieri« liegt, habe ich im Teutschen wiederzugeben gesucht; aber die Declamatio beobachtet auch natürlich keine diplomatische Genauigkeit, sie versetzt und wechselt die Worte, so daß also der ächte Text sich noch viel besser mit der Auslegung im Geist des Gesetzes vertragen haben mag. So ist dieses Capitel von dem dritten darin sehr unterschieden, daß nach diesem nur kein einzelner Legatar mehr erhalten darf, als die Erben zusam-

mengenommen, und das war am Ende eine beynah eben so schwache Aushülfe, als die der Lex Furia [35]). Hätte sich hierauf auch die Mäßigung der Weiberlegate beschränkt, so hätte freilich nie eine mehr bekommen können, als die Hälfte, aber man hätte z. B. von zwey Weibern jedem $1/3$, und dem männlichen Erben nur das übrige Drittel, und von 19 Weibern jedem $1/19$ und dem Erben auch nur $1/19$ geben können, und ernannte man dann mehrere Erben, so musten sich die Männer noch das $1/19$ vielleicht in 19 Theile theilen. Voconius und seine Freunde mogten vielleicht nicht abgeneigt seyn, das Weiberlegat noch mehr zu verkleinern, denn die ganze Hälfte einer großen Erbschaft war doch immer noch recht viel; aber mehr war beym Volke nicht durchzusetzen, in welchem es auch derzeit gewiß nicht an Männern fehlte, die wie Cicero (in Verrem II. 44.) dachten, und denen ihre Töchter oder Schwestern, oder Frauen, oder welches zartere Verhältniß es seyn mogte, viel zu sehr am Herzen lagen (»maxime cordi erant«), als daß sie sich hätten die Freiheit nehmen lassen, entweder zu ihrem Frommen nicht zu testiren, um sie so zu gesetzlichen Erben zu erhalten, oder sie auch mit einem großen Legat zu bedenken.

§. 10.

Im praktischen Effekt stellte sich nun aber das ganze Erbrecht der Weiber so dar. Wenn eine einzige Tochter, oder aber eine einzige Schwester als proxima agnata, beym Tode eines Intestatus vorhanden war, so konnte nun so allerdings die reichste Erbschaft in die Hand eines einzigen Weibes kommen, denn die alte gesetzliche Beerbung war dieselbe geblieben; aber das stöhrte nicht sehr den Plan der neuern Gesetzgebung, denn der Fall, wo ein Vater (das Recht der Kinder auf die Erbschaft der Mutter und umgekehrt

35) Gaius II. 226. — — „in multas legatariorum personas destributo patrimonio poterat adeo heredi minimum relinquere (testator), ut non expediret heredi, huius lucri gratia totius hereditatatis onera sustinere.



war noch nicht vorhanden) eine einzige Tochter allein hinterläßt, kommt doch so gar häufig nicht vor: das Gesetz wollte aber nur die zu große Verbreitung des Weiber-Reichthums aufhalten. Kam ihn nun aber die Lust an, ein Testament zu machen, sey es auch nur daß er der Tochter einen Tutor geben, oder ihr pupillariter substituiren, oder daß der Bruder der Consanguinea vulgariter substituiren und so die Vacanz seiner Erbschaft nach dem Civilrecht, welches keine Successio gradus im Ordo agnatorum kannte, verhüten wollte; so war er auch gleich in der Nothwendigkeit, sich die Schranke des Gesetzes gefallen zu lassen, er konnte ihr nun nur die Hälfte der Erbschaft zuwenden durch Legat. Warum nur durch Legat, warum ward nicht auch die Erbeinsetzung zur Hälfte freigelassen? Deswegen nicht, weil sonst diese Erbin durch das ius accrescendi, welches unter Erben selbst der Erblasser nicht verbieten kann, doch noch die ganze Erbschaft erlangen konnte, nämlich wenn zufällig der Miterbe vor dem Erblasser, oder auch nur vor der Antretung noch starb, oder die Erbschaft ausschlug (der letzte Fall bedeutet hier natürlich am wenigsten, aber er konnte doch aus reiner Thorheit bey einer nicht damnosa, sondern pecuniosa hereditas geschehn). So waren selbst hier, wo eine einzige Intestaterbin zu denken war, doch die Fälle der Bereicherung eines Weibes durch die Vorsicht des Gesetzes vermindert.

§. 11.

Waren nun aber mehrere Intestaterben vorhanden, und unter diesen ein oder mehrere Weiber, so war durch das reine Verbot der Erbeinsetzungen erreicht, daß sie niemals über ihren gesetzlichen Theil instituirt werden, oder durch das nothwendige Accrescenzrecht mehr, und vielleicht das Ganze bekommen konnten; die Freigebigkeit des Erblassers war aber auch nicht in zu enge Grenzen geschlossen, denn hatte er z. B. viele Kinder, und eine Tochter darunter hatte sich vorzüg-

lich um ihn verdient gemacht, so konnte er diese mit einem Legat der Hälfte der Erbschaft bedenken, und das war unter Umständen sogar vortheilhafter für sie, als wenn sie auf die Hälfte hätte eingesetzt werden können, denn das Legat zog sie aus dem reinen Vermögen ohne mit den Schulden etwas zu thun zu haben.

§. 12.

Es folgt also auch von selbst, daß Weiber eben so wenig vulgariter substituirt als instituirt werden konnten, denn das war nur Institutio heredis secundo loco. Aber auch pupillariter konnte keine Frau substituirt werden, denn im Effekt war dieß nichts als bedingte Erbernennung für den Nachlaß eines Andern.

§. 13.

Freilich Legate konnte der Testator nun nicht auf die Erbportion seines weiblichen Erben, oder auf die totale Beerbung, die seiner einzigen Tochter oder Schwester, nach dem Gesetz zufiel, legen, da er diese Beerbung nicht in eine testamentarische umsetzen konnte, und das wäre doch den Zwecken des Gesetzes eher gemäß als hinderlich gewesen, wie wir schon oben (S. 188) bemerkt haben; aber wozu bedurfte es denn dessen, gesetzt auch daß er ganz im Sinne der Lex Voconia verfahren wollte? Er konnte ja nur fremde Erben einsetzen, und der Verwandtin ihre Portion als Legat geben, da er denn nur immer wieder auf die Hälfte beschränkt war. Wollte er denn gewisse andre Personen durchaus zu Legataren machen, so konnte er ja nur die Legate den extraneis heredibus auflegen, und so kam immer wieder im Effekt dasselbe heraus, und die Wirksamkeit der Voconia war hier auf keinen Fall geschwächt.

Durch ein Univ. Fideicommiß konnte damals und noch zu Cicero's Zeit das Verbot nicht wirksam umgangen wer-

den [36]), wenn der haeres nicht sehr gefällig war, denn gezwungen konnte er nicht werden, und zu Voconius Zeit mogte das auch so selten vorkommen, daß es noch nicht einmal ein Ehrenpunkt war, wie doch schon zu Cicero's Zeit. Aber weil Legat doch frey war, fidecommissa hereditas aber noch lange nicht, selbst nicht im ersten Anfange der Rechtskraft, als Universalsuccession angesehen wurde; so hatten die höflichen Freunde des Sextilius, deren wir oben (Not. 21,) erwähnten, doch wohl nicht im Sinne, daß er die ganze Erbschaft behalten sollte: »quorum nemo censuit plus filiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia venire« d. h. die Hälfte, mehr nicht.

§. 14.

Allein wie vertrug sich denn nun hiermit das Recht über die Präterition der Töchter und Enkel weiblichen Geschlecht? Wenn eine Tochter oder Enkelin (versteht sich eine sua heres) vom Testator weder instituirt noch exheredirt war, so konnte sie das Testament nicht wie der Sohn (der männliche Enkel konnte es aber auch nicht) umstoßen, sondern es hatte hier ein eignes Accrescenzrecht Statt [37]), welches von dem oben erwähnten ius accrescendi inter coheredes sehr verschieden war: sie accrescirte als Miterbin dem Erben, welcher angetreten hatte; traten alle Erben nicht an, so konnte dann

36) Daß das zu Gajus Zeit schon thunlich war (II. 274.) erklärt sich theils aus dem Widerwillen, den man schon längst gegen solche Beschränkungen gefaßt hatte, theils aus der Lex Papia, die mit dem ersten Zwangsrecht der Fideicommisse in eine Zeit (unter Augustus) fällt, und die Lex Voconia größtentheils absorbirt hatte. So konnte nun der Erbin 3/4 als Fideicommiß zu Theil werden, denn verbieten konnte der Testator den Abzug der Quarta falcidia nicht, und auf die Fideicommisse war sie bereits ausgedehnt. Im Anfange mogten auch die höhern Magistratus, denen die Cognitio aller Fideicommißsachen besonders anvertraut war, angewiesen seyn, solche Fideicommissa tacita nicht mit Rechtskraft zu versehn. Vgl. L. 10. pr. L. 18. pr. L. 23. D. de his quae ut indig. L. 103. de legat. I.

37) Gaius II. 124, und die dort in der Göschen'schen Ausgabe citirten Quellen.

vermuthlich von diesem Recht gar nicht die Rede seyn, denn da war kein Erbe, dem sie accrescіren konnte, das Testament war destituirt, und sie kam als Intestaterbin zur Succession. War der Erbe, welcher antrat ein suus heres, so accrescirte sie ihm pro parte virili, also auch wenn mehrere sui heredes da waren, so bekam sie Kopftheil, war ein Extraneus oder waren es mehrere Extranei, so accrescirte sie mit der Hälfte. Die Quellen sprechen davon, wenn mehrere Erben zugleich ernannt waren, auch wenn sie gemischt, theils sui theils extranei ernannt waren. Aber, so viel ich habe bemerken können, des Falls, da mehrere präterirte Weiber zugleich vorhanden waren, erwähnen sie nicht besonders, und doch verlohnte es sich der Mühe, zu erfahren, ob sie dann auch einem Extraneus oder mehrern Extraneis gegenüber, nur in die eine Hälfte der ganzen Erbschaft sich theilten, wie nach der Voconia sich die mehrern Weiber in das eine Legat der Hälfte theilen musten; da sie denn im Verhältniß zu den fremden Erben noch viel weniger als eine Virilportion erhalten konnten, sobald nämlich in der andern Hälfte weniger Concurrenten vorhanden waren; doch ist dieß nicht zu vermuthen, sondern eine Virilportion war wohl das Geringste, was ihnen zukam. Darnach müste die Hälfte so verstanden werden, daß überhaupt keine Sua in Concurrenz mit Extraneis weniger bekommen konnte, als diese zusammen, oder, wenn nur einer war, dieser Eine; mithin mehrere solche Erbinnen in der Erbportion jedes Extraneus institutus mit diesem viritim zur Theilung kamen. Auf diese Weise konnte es allerdings sich ereignen, daß die Erbinnen zusammen bey weitem mehr erhielten als die Hälfte der Erbschaft, wenn grade recht viele da waren, und von ihrem Recht Gebrauch machen wollen: keine Einzelne für sich konnte aber über die Hälfte bekommen.

§. 15.

Wie verhielt sich denn nun dieß Recht zu der Lex Voconia? Nehmen wir an, es galt schon nach dem Rechtsgebrauch zu der Zeit, als dieß Gesetz gegeben wurde, so scheint es allerdings widersinnig, daß die Unterlassung einer verbotenen Erbeinsetzung diese Folge hatte. Allein diese Widersinnigkeit findet doch mehr in der Theorie, als im praktischen Erfolg Statt. Vielleicht ist dieser Widerspruch überhaupt nur in unsrer Vorstellung vorhanden, die wir geneigt sind, uns die Präterition als eine Pflichtverletzung des Testators, oder, wie Theophilus [38]) als eine Beleidigung der Uebergangenen und daher das Präteritionsrecht in seinen Folgen als Bestrafung des Testators anzusehn; da doch im alt-römischen Recht gewiß mehr die Idee eines zu verbessernden Irrthums vorwaltete [39]), selbst dann noch als die Sache sich schon mehr ausgebreitet hatte zu Gunsten der Kinder in der Gewalt. Doch auch davon abgesehn, kann man schon dadurch einigermaaßen wieder Consequenz gewinnen, daß man das Princip der Lex Voconia so feststellt:

> das Gesetz will nicht das Erbrecht der Weiber überhaupt, sondern nur dasjenige, was direct durch den letzten Willen des Testators bewirkt wird, ganz verbannen.

Jenes Accrescenzrecht setzt allerdings ein Testament voraus da gleichsam die Erbeinsetzung dieser Weiber in dasselbe hineingeschrieben wird, aber es geht so wenig gradezu aus demselben hervor, daß es vielmehr wider dasselbe ist, und theilweis dasselbe umstößt. Sieht man aber bloß auf den Effect, so ist dieß ein gemildertes Intestat- oder vielmehr gesetzliches Erbrecht der Weiber, welches in die testamentarische Succession nur eingeschoben wurde, indem der Erblasser sich wie bey der Intestaterbfolge ganz und absolut, so hier

38) II. 13. pr.

39) Vgl. Cicero de oratore I. 38. in f. mit Valer. Max. VII, 7. und Cicero pro Coecina c. 25. de oratore I. 57. u. L. 120. de V. S.

relativ und bis auf einen gewissen Punkt negativ verhalten hatte; statt daß bey den Söhnen auch in diesem Fall die Intestaterbfolge durchaus eintrat: das war schlechterdings nicht wider die Absicht der Lex Voconia, da hier nur besonders begünstigte Weiber berechtigt waren. Man ließ also das alte Recht ungehindert wirken. Warum erlaubte man denn nicht das, was hier doch hineincorrigirt ward? Wenn man ein ganz einfaches Verbot haben, und sich nicht in allerley Detail verlieren wollte, so konnte man das nicht, und da es nicht im mindesten schadete, so durfte man es unterlassen. Denn was ward hier durch das absolute Verbot der Institution verändert? nichts anderes als daß diese das Accrescenzrecht nicht verhindern konnte. Wir wissen in der That viel zu wenig von den ursprünglichen Gründen dieses Rechts, als daß wir dieß für so entschieden widersinnig ansehn dürften. Nimmt man die Auslegung der Quinctilianischen Declamatio an, daß nur nicht eine Frau mehr als die Hälfte des Nachlasses durch Legat bekommen sollte, so wirkte nun das Accrescenzrecht grade wie das Legatrecht der Voconia; beschränkte aber dieses auch mehrere Legatarinnen zusammen auf die Hälfte, so konnten hier freilich die Accrescentinnen unter Umständen zusammen mehr bekommen, aber doch nur als Töchter in der Gewalt, aber doch nur durch das negative Verhalten des Testators, gleich wie Intestaterbinnen. Aber wurde denn dadurch dem Testator nicht neue unnöthige Gewalt angethan? Keinesweges, denn er konnte ja nur exherediren, so war keine Präterition und kein Anwachsungsrecht vorhanden. Also eine Nöthigung zur Exheredation? Unbedenklich, denn gab es nicht auch Exheredationes bona mente factae im Recht? und hier hieß ja nun die Exheredation nichts weiter, als ich erinnere mich meiner Töchter recht wohl, und ich will nicht, daß sie mich beerben sollen. Das konnte dem Plane der Voconia nicht entgegen seyn. Dann stand ihm aber noch frey, seine Töchter mit Legaten

zu beglücken, und hatte er eine einzige Tochter, diese mit der ganzen Hälfte seiner Erbschaft zu beglücken, und konnte er so der endlichen Wirkung nach ein Accrescenzrecht nach seinem eignen Belieben herstellen, nur daß er hinsichtlich der Totalsumme, die er allen zusammen geben konnte, etwas weniger Freiheit haben mogte: wollte er ihnen das grade vortheilhaftere Anwachsungsrecht vollaus geben, so brauchte er ja denn nur von ihnen zu schweigen. Insbesondere aber wenn er die eingesetzten Erben mit Legaten an Extraneos beschwert hatte, konnte ihnen das Anwachsen auch nachtheiliger werden, denn dann accrescirten ihnen auch diese Legate pro rata mit [40]). Durch Exheredation und Vermächtniß konnte er aber diesem ausbeugen. Folglich stellte sich hier im Resultat immer alles sehr verständig zurecht, und die Lex Voconia hatte das alte Recht nicht mehr zu berühren als nöthig war.

Nehmen wir dagegen an, daß das Accrescenzrecht erst nach der Lex Voconia, vielleicht viel später entstand, so scheint das die Lage der Sache nicht viel zu verändern. Denn dieß sagte freilich nur bey den Enkeln soviel als: du sollst instituiren oder exheredirenn, sonst treten die Folgen der Präterition ein; bey den Weibern, so weit noch die Voconia galt, konnte es nur heißen: du sollst exherediren, — denn freilich zum Instituiren konnte man ihn nicht ermuntern, denn das war für nichts —, oder das Accrescenzrecht tritt ein. Aber damit war denn auch nichts mehr versehn, als bey der vorigen Voraussetzung.

§. 16.

Allein zu bedenken, ist doch auch noch, daß die Postumae suae so gut wie die Postumi sui das Testament ganz wegen Präterition rumpirten [41]). Wie konnten nun jene das

40) L. 4. C. de liber. praeter.

41) Die bey Gaius II. 130. in der Göschen'schen Ausgabe citirten Quellen.

mengenommen, und das war am Ende eine beynah eben so schwache Aushülfe, als die der Lex Furia [35]. Hätte sich hierauf auch die Mäßigung der Weiberlegate beschränkt, so hätte freilich nie eine mehr bekommen können, als die Hälfte, aber man hätte z. B. von zwey Weibern jedem $1/3$, und dem männlichen Erben nur das übrige Drittel, und von 19 Weibern jedem $1/19$ und dem Erben auch nur $1/19$ geben können, und ernannte man dann mehrere Erben, so musten sich die Männer noch das $1/19$ vielleicht in 19 Theile theilen. Voconius und seine Freunde mogten vielleicht nicht abgeneigt seyn, das Weiberlegat noch mehr zu verkleinern, denn die ganze Hälfte einer großen Erbschaft war doch immer noch recht viel; aber mehr war beym Volke nicht durchzusetzen, in welchem es auch derzeit gewiß nicht an Männern fehlte, die wie Cicero (in Verrem II. 44.) dachten, und denen ihre Töchter oder Schwestern, oder Frauen, oder welches zartere Verhältniß es seyn mogte, viel zu sehr am Herzen lagen (»maxime cordi erant«), als daß sie sich hätten die Freiheit nehmen lassen, entweder zu ihrem Frommen nicht zu testiren, um sie so zu gesetzlichen Erben zu erhalten, oder sie auch mit einem großen Legat zu bedenken.

§. 10.

Im praktischen Effekt stellte sich nun aber das ganze Erbrecht der Weiber so dar. Wenn eine einzige Tochter, oder aber eine einzige Schwester als proxima agnata, beym Tode eines Intestatus vorhanden war, so konnte nun so allerdings die reichste Erbschaft in die Hand eines einzigen Weibes kommen, denn die alte gesetzliche Beerbung war dieselbe geblieben; aber das stöhrte nicht sehr den Plan der neuern Gesetzgebung, denn der Fall, wo ein Vater (das Recht der Kinder auf die Erbschaft der Mutter und umgekehrt

35) Gaius II. 226. — — „in multas legatariorum personas destributo patrimonio poterat adeo heredi minimum relinquere (testator), ut non expediret heredi, huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.

war noch nicht vorhanden) eine einzige Tochter allein hinterläßt, kommt doch so gar häufig nicht vor: das Gesetz wollte aber nur die zu große Verbreitung des Weiber-Reichthums aufhalten. Kam ihn nun aber die Lust an, ein Testament zu machen, sey es auch nur daß er der Tochter einen Tutor geben, oder ihr pupillariter substituiren, oder daß der Bruder der Consanguinea vulgariter substituiren und so die Vacanz seiner Erbschaft nach dem Civilrecht, welches keine Successio gradus im Ordo agnatorum kannte, verhüten wollte; so war er auch gleich in der Nothwendigkeit, sich die Schranke des Gesetzes gefallen zu lassen, er konnte ihr nun nur die Hälfte der Erbschaft zuwenden durch Legat. Warum nur durch Legat, warum ward nicht auch die Erbeinsetzung zur Hälfte freigelassen? Deswegen nicht, weil sonst diese Erbin durch das ius accrescendi, welches unter Erben selbst der Erblasser nicht verbieten kann, doch noch die ganze Erbschaft erlangen konnte, nämlich wenn zufällig der Miterbe vor dem Erblasser, oder auch nur vor der Antretung noch starb, oder die Erbschaft ausschlug (der letzte Fall bedeutet hier natürlich am wenigsten, aber er konnte doch aus reiner Thorheit bey einer nicht damnosa, sondern pecuniosa hereditas geschehn). So waren selbst hier, wo eine einzige Intestaterbin zu denken war, doch die Fälle der Bereicherung eines Weibes durch die Vorsicht des Gesetzes vermindert.

§. 11.

Waren nun aber mehrere Intestaterben vorhanden, und unter diesen ein oder mehrere Weiber, so war durch das reine Verbot der Erbeinsetzungen erreicht, daß sie niemals über ihren gesetzlichen Theil instituirt werden, oder durch das nothwendige Accrescenzrecht mehr, und vielleicht das Ganze bekommen konnten; die Freigebigkeit des Erblassers war aber auch nicht in zu enge Grenzen geschlossen, denn hatte er z. B. viele Kinder, und eine Tochter darunter hatte sich vorzüg-

lich um ihn verdient gemacht, so konnte er diese mit einem Legat der Hälfte der Erbschaft bedenken, und das war unter Umständen sogar vortheilhafter für sie, als wenn sie auf die Hälfte hätte eingesetzt werden können, denn das Legat zog sie aus dem reinen Vermögen ohne mit den Schulden etwas zu thun zu haben.

§. 12.

Es folgt also auch von selbst, daß Weiber eben so wenig vulgariter substituirt als instituirt werden konnten, denn das war nur Institutio heredis secundo loco. Aber auch pupillariter konnte keine Frau substituirt werden, denn im Effekt war dieß nichts als bedingte Erbernennung für den Nachlaß eines Andern.

§. 13.

Freilich Legate konnte der Testator nun nicht auf die Erbportion seines weiblichen Erben, oder auf die totale Beerbung, die seiner einzigen Tochter oder Schwester, nach dem Gesetz zufiel, legen, da er diese Beerbung nicht in eine testamentarische umsetzen konnte, und das wäre doch den Zwecken des Gesetzes eher gemäß als hinderlich gewesen, wie wir schon oben (S. 188) bemerkt haben; aber wozu bedurfte es denn dessen, gesetzt auch daß er ganz im Sinne der Lex Voconia verfahren wollte? Er konnte ja nur fremde Erben einsetzen, und der Verwandtin ihre Portion als Legat geben, da er denn nur immer wieder auf die Hälfte beschränkt war. Wollte er denn gewisse andre Personen durchaus zu Legataren machen, so konnte er ja nur die Legate den extraneis heredibus auflegen, und so kam immer wieder im Effekt dasselbe heraus, und die Wirksamkeit der Voconia war hier auf keinen Fall geschwächt.

Durch ein Univ. Fideicommiß konnte damals und noch zu Cicero's Zeit das Verbot nicht wirksam umgangen wer-

§. 15.

Wie verhielt sich denn nun dieß Recht zu der Lex Voconia? Nehmen wir an, es galt schon nach dem Rechtsgebrauch zu der Zeit, als dieß Gesetz gegeben wurde, so scheint es allerdings widersinnig, daß die Unterlassung einer verbotenen Erbeinsetzung diese Folge hatte. Allein diese Widersinnigkeit findet doch mehr in der Theorie, als im praktischen Erfolg Statt. Vielleicht ist dieser Widerspruch überhaupt nur in unsrer Vorstellung vorhanden, die wir geneigt sind, uns die Präterition als eine Pflichtverletzung des Testators, oder, wie Theophilus [38]) als eine Beleidigung der Uebergangenen und daher das Präteritionsrecht in seinen Folgen als Bestrafung des Testators anzusehn; da doch im alt-römischen Recht gewiß mehr die Idee eines zu verbessernden Irrthums vorwaltete [39]), selbst dann noch als die Sache sich schon mehr ausgebreitet hatte zu Gunsten der Kinder in der Gewalt. Doch auch davon abgesehn, kann man schon dadurch einigermaaßen wieder Consequenz gewinnen, daß man das Princip der Lex Voconia so feststellt:

> das Gesetz will nicht das Erbrecht der Weiber überhaupt, sondern nur dasjenige, was **direct** durch den letzten Willen des Testators bewirkt wird, ganz verbannen.

Jenes Accrescenzrecht setzt allerdings ein Testament voraus da gleichsam die Erbeinsetzung dieser Weiber in dasselbe hineingeschrieben wird, aber es geht so wenig gradezu aus demselben hervor, daß es vielmehr wider dasselbe ist, und theilweis dasselbe umstößt. Sieht man aber bloß auf den **Effect**, so ist dieß ein gemildertes Intestat- oder vielmehr gesetzliches Erbrecht der Weiber, welches in die testamentarische Succession nur eingeschoben wurde, indem der Erblasser sich wie bey der Intestaterbfolge ganz und absolut, so hier

38) II. 13. pr.

39) Vgl. Cicero de oratore I. 38. in f. mit Valer. Max. VII, 7. und Cicero pro Coecina c. 25. de oratore I. 57. u. L. 120. de V. S.

relativ und bis auf einen gewissen Punkt negativ verhalten hatte; statt daß bey den Söhnen auch in diesem Fall die Intestaterbfolge durchaus eintrat: das war schlechterdings nicht wider die Absicht der Lex Voconia, da hier nur besonders begünstigte Weiber berechtigt waren. Man ließ also das alte Recht ungehindert wirken. Warum erlaubte man denn nicht das, was hier doch hineincorrigirt ward? Wenn man ein ganz einfaches Verbot haben, und sich nicht in allerley Detail verlieren wollte, so konnte man das nicht, und da es nicht im mindesten schadete, so durfte man es unterlassen. Denn was ward hier durch das absolute Verbot der Institution verändert? nichts anderes als daß diese das Accrescenzrecht nicht verhindern konnte. Wir wissen in der That viel zu wenig von den ursprünglichen Gründen dieses Rechts, als daß wir dieß für so entschieden widersinnig ansehn dürften. Nimmt man die Auslegung der Quinctilianischen Declamatio an, daß nur nicht eine Frau mehr als die Hälfte des Nachlasses durch Legat bekommen sollte, so wirkte nun das Accrescenzrecht grade wie das Legatrecht der Voconia; beschränkte aber dieses auch mehrere Legatarinnen zusammen auf die Hälfte, so konnten hier freilich die Accrescentinnen unter Umständen zusammen mehr bekommen, aber doch nur als Töchter in der Gewalt, aber doch nur durch das negative Verhalten des Testators, gleich wie Intestaterbinnen. Aber wurde denn dadurch dem Testator nicht neue unnöthige Gewalt angethan? Keinesweges, denn er konnte ja nur exherediren, so war keine Präterition und kein Anwachsungsrecht vorhanden. Also eine Nöthigung zur Exheredation? Unbedenklich, denn gab es nicht auch Exheredationes bona mente factae im Recht? und hier hieß ja nun die Exheredation nichts weiter, als ich erinnere mich meiner Töchter recht wohl, und ich will nicht, daß sie mich beerben sollen. Das konnte dem Plane der Voconia nicht entgegen seyn. Dann stand ihm aber noch frey, seine Töchter mit Legaten

§. 17.

Dasselbe ungefähr ist zu sagen von der Bonorum Possessio contra tabulas, die wie das Accrescenzrecht nach Civilrecht, so nach prätorischem Recht den weiblichen Suis und Emancipatis gegeben wurde, dieß mag nun zu der Zeit, wo die Lex Voconia entstand, schon gegolten haben oder nicht. Sie ward nämlich, ehe Mark Aurel [45]) sie dem Accrescenzrecht gleich stellte, auf Rescission des ganzen Testaments, also Entfernung aller extranei heredes und dem Effect nach fast ganz auf Intestaterbfolge gerichtet. Auch hier ward denn aber die Beerbung der Töchter und Enkelinnen nicht direct durch das Testament bewirkt.

§. 18.

Endlich die Quaerela inofficiosi testamenti, seit diese Beyfall gefunden, konnte allerdings auch den exheredirten weiblichen Notherben, und solchen, die sonst kein Präteritionsrecht hatten, aber deren Ausschließung von den Gütern man als eine Lieblosigkeit ansehn konnte, zur Intestaterbfolge verhelfen; allein das geschah denn auch nicht direct und unmittelbar durch den letzten Willen des Erblassers, sondern grade gegen denselben durch den Spruch des Gerichts. Allem konnte der Testator aber vorbeugen, wenn er mit seiner Exheredation oder Präterition ein tüchtiges Legat verband. Wie viel auch überhaupt außerdem die Centumviralgerichte vor August oder Cicero noch in sonst dahin gehörigen Fällen auf die Voconiana Ratio mögen Rücksicht genommen haben, das steht dahin, sehr wahrscheinlich am meisten in der ersten Zeit nach dem Gesetze, welches durch seinen Inhalt sowenig die Querel, als das Präteritionsrecht und die Intestaterbfolge berührte.

§. 19.

Zu dieser ganzen Ansicht stimmt überaus gut die einzige Aus-

45) Gaius II. 125. 126. et ibi cit.

nahme von dem Gesetz, welche bis jetzt, nämlich durch unsere Stelle der R. P. zum Vorschein gekommen ist. Die Vestalische Jungfrau konnte eine Erbin in ihrem Testamente[46]) ernennen:

> Cur enim pecuniam non habeat *mulier? cur virgini vestali sit heres*, non sit matri suae.

Es mögte schwer halten, sich von diesem Privilegium, welches Cicero dem Gesetz selbst zum Vorwurf macht, einen Grund zu ersinnen, wenn es nicht der war, daß die Vestalin überall keine Intestaterben hatte [47]) und zwar ihre nächsten männlichen Verwandten, z. B. ihren frater germanus, wie Andre, in ihrem Testament zum Erben ernennen konnte, ihre soror consanguinea aber nicht zu ihrer Erbin hätte machen können ohne Privilegium des Gesetzes, einmal nicht durch ein Testament, wie auch Andere es nicht konnten, wegen der Voconia, sodann aber auch nicht durch Enthaltung vom Testament, wie doch Andere es konnten. Um diese Ungleichheit zu vermeiden, zum Nachtheil einer sonst begünstigten Person [48]), ward sie zur Excepta gemacht. Ein Legat konnte sie allerdings der Consanguinea auf die Hälfte ihres Nachlasses geben, aber sie sollte sie auch zur Erbin, zur Civilerbin, ja auch zur einzigen Erbin haben können, wie es auch Andre bey der soror unica konnten. Nimmt man diesen Grund an, so

1) beweist dieß rückwärts, daß das Gesetz die Intestaterbinnen nicht ausnahm, und

46) *Gellius* N. A. I. 12.

47) *Gellius* l. c. in fine. Ob dieß bloß auf die Civilerben (Agnaten) ging, oder auch auf die prätorischen Erben (Cognaten als solche) und ob das: „id quo iure fiat", womit die referirte Stelle des Labeo abbricht, nicht etwa bloß auf die nächst vorhergehenden Worte: „sed bona eius in publicum redigi aiunt" (eine Neuerung des Augustus) zu beziehen sind, wollen wir hier nicht untersuchen. Es wird aber nächstens in dieser Zeitschrift dazu Gelegenheit seyn.

48) Vergl. Gellius l. c.

2) läßt sich daraus vermuthen, daß es mit dem flamen dialis nicht anders war, als mit der Vestalin, und daß die letztere auch vice versa in einem Testament gültig konnte eingesetzt werden, obgleich sie ein Weib war [49]). Cicero will nicht die Ausnahmen erschöpfen, und der Gegensatz mit der Mutter führt ihm von selbst die Vestalin als testatrix herbei.

§. 20.

Wir landen nun endlich wieder an der defecten Stelle. Cicero will sagen: kam es nicht bloß auf Erbeinsetzung an, sondern auf den tiefer liegenden Grund, daß kein Weib zu viel Vermögen haben solle; so ist es ja ganz widersinnig, daß von dem reichen Crassus die einzige Tochter tausend ꝛc. erhalten könne, meine Tochter von mir nicht dreißig ꝛc. Warum das aber nicht? hier fängt die Ergänzung an: weil ich mehrere Kinder habe, die mich ab intestato beerben würden, meine Tochter aber nicht instituiren darf. Wollte ich ihr ein Legat hinterlassen [50]) so könnte ich ihr doch nicht mehr als die Hälfte meines Vermögens geben, und diese beträgt noch nicht dreißig ꝛc.

So ließe sich nun wohl alles aufklären, wenn man es als eine Aufklärung und als eine Rechtfertigung des Gesetzes gelten lassen mögte, daß das Voconische Gesetz nicht dazu bestimmt war, allen Reichthum der Weiber schlechterdings aus der Welt zu schaffen.

49) Vergl. Gellius l. c. und X. 15. mit *Gaius* III. 114. in fine I. 130. Ulpian X. 5.

50) Vielleicht erwähnte Cicero der Legate hier gar nicht, und ließ dieß den Respondenten nachtragen. Ja es ist möglich, daß bei dem zweiten posset, womit die Restitution der Handschrift endet, auch der ganze Satz geschlossen war, und auch die der Lex Voconia gemachten Vorwürfe hier zu Ende liefen. Man setze nur ein Fragzeichen hinter posset. Philus konnte ja füglich den gegenwärtigen Freunden die Ergänzung in Gedanken aus ihnen allen geläufigen Umständen überlassen. Und so mogte es auch Cicero bey seinen Lesern erst einmal darauf ankommen lassen. Wie man nun aber auch hierüber denken mag, für unsre Untersuchung ist das gleichgültig.

Ueber den Beweis des Miteigenthums,

von

Herrn Doctor Arndts in Bonn.

In dem vorigen Heft dieser Zeitschrift wird in einer kleinen Abhandlung die Ansicht Weber's, daß dem Beklagten, welcher den Vertrag jedoch mit Hinzufügung einer aufschiebenden Bedingung eingesteht, keineswegs der Beweis dieser Bedingung aufzubürden sei, mit triftigen und klar entwickelten Gründen gegen anders meinende vertheidigt. Es sei mir gestattet, daneben eine andre Frage aufzustellen, deren Beantwortung nach der allgemeinen Ansicht der Sache zum Theil mit jener Ausführung zusammentrifft. In vielen Gerichten nehmlich ist, wie ich von erfahrnen Geschäftsmännern weiß, als unbestrittner Grundsatz angenommen, daß der Besitzer, welcher dem Kläger das Eigenthumsrecht einräumt, aber zugleich Miteigenthümer zu sein behauptet, sein Miteigenthum beweisen oder dem Kläger die ganze Sache herausgeben müße. Ich glaube nun, daß dieser Grundsatz nach gehöriger Erwägung der Bedeutung eines solchen Geständnisses eben so wenig als die von Hasse a. a. O. widerlegte Meinung sich rechtfertigen läßt, und behaupte vielmehr, daß der Kläger in diesem Falle den Beweis seines Alleineigenthums führen muß.

Betrachten wir den Fall zuerst ohne Rücksicht auf die juristischen Gründe für die eine oder die andere Entscheidung, so ergibt sich auch hier, was dort S. 140 bemerkt wird, daß in jenem Grundsatze gewisser Maßen eine Nöthigung zur Unredlichkeit liegt. Räumt der Besitzer dem Kläger gar nichts

den [36]), wenn der haeres nicht sehr gefällig war, denn gezwungen konnte er nicht werden, und zu Voconius Zeit mogte das auch so selten vorkommen, daß es noch nicht einmal ein Ehrenpunkt war, wie doch schon zu Cicero's Zeit. Aber weil Legat doch frey war, fidecommissa hereditas aber noch lange nicht, selbst nicht im ersten Anfange der Rechtskraft, als Universalsuccession angesehen wurde; so hatten die höflichen Freunde des Sextilius, deren wir oben (Not. 21.) erwähnten, doch wohl nicht im Sinne, daß er die ganze Erbschaft behalten sollte: »quorum nemo censuit plus filiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia venire« d. h. die Hälfte, mehr nicht.

§. 14.

Allein wie vertrug sich denn nun hiermit das Recht über die Präterition der Töchter und Enkel weiblichen Geschlecht? Wenn eine Tochter oder Enkelin (versteht sich eine sua heres) vom Testator weder instituirt noch exheredirt war, so konnte sie das Testament nicht wie der Sohn (der männliche Enkel konnte es aber auch nicht) umstoßen, sondern es hatte hier ein eignes Accrescenzrecht Statt [37]), welches von dem oben erwähnten ius accrescendi inter coheredes sehr verschieden war: sie accrescirte als Miterbin dem Erben, welcher angetreten hatte; traten alle Erben nicht an, so konnte dann

36) Daß das zu Gajus Zeit schon thunlich war (II. 274.) erklärt sich theils aus dem Widerwillen, den man schon längst gegen solche Beschränkungen gefaßt hatte, theils aus der Lex Papia, die mit dem ersten Zwangsrecht der Fideicommisse in eine Zeit (unter Augustus) fällt, und die Lex Voconia größtentheils absorbirt hatte. So konnte nun der Erbin 3/4 als Fideicommiß zu Theil werden, denn verbieten konnte der Testator den Abzug der Quarta falcidia nicht, und auf die Fideicommisse war sie bereits ausgedehnt. Im Anfange mogten auch die höhern Magistratus, denen die Cognitio aller Fideicommißsachen besonders anvertraut war, angewiesen seyn, solche Fideicommissa tacita nicht mit Rechtskraft zu versehn. Vgl. L. 10. pr. L. 18. pr. L. 23. D. de his quae ut indig. L. 103. de legat. I.

37) Gaius II. 124, und die dort in der Göschen'schen Ausgabe citirten Quellen.

vermuthlich von diesem Recht gar nicht die Rede seyn, denn da war kein Erbe, dem sie accresciren konnte, das Testament war destituirt, und sie kam als Intestaterbin zur Succession. War der Erbe, welcher antrat ein suus heres, so accrescirte sie ihm pro parte virili, also auch wenn mehrere sui heredes da waren, so bekam sie Kopftheil, war ein Extraneus oder waren es mehrere Extranei, so accrescirte sie mit der Hälfte. Die Quellen sprechen davon, wenn mehrere Erben zugleich ernannt waren, auch wenn sie gemischt, theils sui theils extranei ernannt waren. Aber, so viel ich habe bemerken können, des Falls, da mehrere präterirte Weiber zugleich vorhanden waren, erwähnen sie nicht besonders, und doch verlohnte es sich der Mühe, zu erfahren, ob sie dann auch einem Extraneus oder mehrern Extraneis gegenüber, nur in die eine Hälfte der ganzen Erbschaft sich theilten, wie nach der Voconia sich die mehrern Weiber in das eine Legat der Hälfte theilen musten; da sie denn im Verhältniß zu den fremden Erben noch viel weniger als eine Virilportion erhalten konnten, sobald nämlich in der andern Hälfte weniger Concurrenten vorhanden waren; doch ist dieß nicht zu vermuthen, sondern eine Virilportion war wohl das Geringste, was ihnen zukam. Darnach müste die Hälfte so verstanden werden, daß überhaupt keine Sua in Concurrenz mit Extraneis weniger bekommen konnte, als diese zusammen, oder, wenn nur einer war, dieser Eine; mithin mehrere solche Erbinnen in der Erbportion jedes Extraneus institutus mit diesem viritim zur Theilung kamen. Auf diese Weise konnte es allerdings sich ereignen, daß die Erbinnen zusammen bey weitem mehr erhielten als die Hälfte der Erbschaft, wenn grade recht viele da waren, und von ihrem Recht Gebrauch machen wollen: keine Einzelne für sich konnte aber über die Hälfte bekommen.

§. 15.

Wie verhielt sich denn nun dieß Recht zu der Lex Voconia? Nehmen wir an, es galt schon nach dem Rechtsgebrauch zu der Zeit, als dieß Gesetz gegeben wurde, so scheint es allerdings widersinnig, daß die Unterlassung einer verbotenen Erbeinsetzung diese Folge hatte. Allein diese Widersinnigkeit findet doch mehr in der Theorie, als im praktischen Erfolg Statt. Vielleicht ist dieser Widerspruch überhaupt nur in unsrer Vorstellung vorhanden, die wir geneigt sind, uns die Präterition als eine Pflichtverletzung des Testators, oder, wie Theophilus [38]) als eine Beleidigung der Uebergangenen und daher das Präteritionsrecht in seinen Folgen als Bestrafung des Testators anzusehn; da doch im alt-römischen Recht gewiß mehr die Idee eines zu verbessernden Irrthums vorwaltete [39]), selbst dann noch als die Sache sich schon mehr ausgebreitet hatte zu Gunsten der Kinder in der Gewalt. Doch auch davon abgesehn, kann man schon dadurch einigermaaßen wieder Consequenz gewinnen, daß man das Princip der Lex Voconia so feststellt:

das Gesetz will nicht das Erbrecht der Weiber überhaupt, sondern nur dasjenige, was direct durch den letzten Willen des Testators bewirkt wird, ganz verbannen.

Jenes Accrescenzrecht setzt allerdings ein Testament voraus da gleichsam die Erbeinsetzung dieser Weiber in dasselbe hineingeschrieben wird, aber es geht so wenig gradezu aus demselben hervor, daß es vielmehr wider dasselbe ist, und theilweis dasselbe umstößt. Sieht man aber bloß auf den Effect, so ist dieß ein gemildertes Intestat- oder vielmehr gesetzliches Erbrecht der Weiber, welches in die testamentarische Succession nur eingeschoben wurde, indem der Erblasser sich wie bey der Intestaterbfolge ganz und absolut, so hier

38) II. 13. pr.

39) Vgl. Cicero de oratore I. 38. in f. mit Valer. Max. VII, 7. und Cicero pro Coecina c. 25. de oratore I. 57. u. L. 120. de V. S.

relativ und bis auf einen gewissen Punkt negativ verhalten hatte; statt daß bey den Söhnen auch in diesem Fall die Intestaterbfolge durchaus eintrat: das war schlechterdings nicht wider die Absicht der Lex Voconia, da hier nur besonders begünstigte Weiber berechtigt waren. Man ließ also das alte Recht ungehindert wirken. Warum erlaubte man denn nicht das, was hier doch hineincorrigirt ward? Wenn man ein ganz einfaches Verbot haben, und sich nicht in allerley Detail verlieren wollte, so konnte man das nicht, und da es nicht im mindesten schadete, so durfte man es unterlassen. Denn was ward hier durch das absolute Verbot der Institution verändert? nichts anderes als daß diese das Accrescenzrecht nicht verhindern konnte. Wir wissen in der That viel zu wenig von den ursprünglichen Gründen dieses Rechts, als daß wir dieß für so entschieden widersinnig ansehn dürften. Nimmt man die Auslegung der Quinctilianischen Declamatio an, daß nur nicht eine Frau mehr als die Hälfte des Nachlasses durch Legat bekommen sollte, so wirkte nun das Accrescenzrecht grade wie das Legatrecht der Voconia; beschränkte aber dieses auch mehrere Legatarinnen zusammen auf die Hälfte, so konnten hier freilich die Accrescentinnen unter Umständen zusammen mehr bekommen, aber doch nur als Töchter in der Gewalt, aber doch nur durch das negative Verhalten des Testators, gleich wie Intestaterbinnen. Aber wurde denn dadurch dem Testator nicht neue unnöthige Gewalt angethan? Keinesweges, denn er konnte ja nur exherediren, so war keine Präterition und kein Anwachsungsrecht vorhanden. Also eine Nöthigung zur Exheredation? Unbedenklich, denn gab es nicht auch Exheredationes bona mente factae im Recht? und hier hieß ja nun die Exheredation nichts weiter, als ich erinnere mich meiner Töchter recht wohl, und ich will nicht, daß sie mich beerben sollen. Das konnte dem Plane der Voconia nicht entgegen seyn. Dann stand ihm aber noch frey, seine Töchter mit Legaten

zu beglücken, und hatte er eine einzige Tochter, diese mit der ganzen Hälfte seiner Erbschaft zu beglücken, und konnte er so der endlichen Wirkung nach ein Accrescenzrecht nach seinem eignen Belieben herstellen, nur daß er hinsichtlich der Totalsumme, die er allen zusammen geben konnte, etwas weniger Freiheit haben mogte: wollte er ihnen das grade vortheilhaftere Anwachsungsrecht vollaus geben, so brauchte er ja denn nur von ihnen zu schweigen. Insbesondere aber wenn er die eingesetzten Erben mit Legaten an Extraneos beschwert hatte, konnte ihnen das Anwachsen auch nachtheiliger werden, denn dann accrescirten ihnen auch diese Legate pro rata mit [40]). Durch Exheredation und Vermächtniß konnte er aber diesem ausbeugen. Folglich stellte sich hier im Resultat immer alles sehr verständig zurecht, und die Lex Voconia hatte das alte Recht nicht mehr zu berühren als nöthig war.

Nehmen wir dagegen an, daß das Accrescenzrecht erst nach der Lex Voconia, vielleicht viel später entstand, so scheint das die Lage der Sache nicht viel zu verändern. Denn dieß sagte freilich nur bey den Enkeln soviel als: du sollst instituiren oder exherediren, sonst treten die Folgen der Präterition ein; bey den Weibern, so weit noch die Voconia galt, konnte es nur heißen: du sollst exherediren, — denn freilich zum Instituiren konnte man ihn nicht ermuntern, denn das war für nichts —, oder das Accrescenzrecht tritt ein. Aber damit war denn auch nichts mehr versehn, als bey der vorigen Voraussetzung.

§. 16.

Allein zu bedenken, ist doch auch noch, daß die Postumae suae so gut wie die Postumi sui das Testament ganz wegen Präterition rumpirten [41]). Wie konnten nun jene das

40) L. 4. C. de liber. praeter.
41) Die bey Gaius II. 130. in der Göschen'schen Ausgabe citirten Quellen.

Testament umstoßen, da die Voconia sie einzusetzen verbot? Es ließe sich antworten, eben so gut als vor der Lex Junia Velleja [42]) viele Postumi gar nicht eingesetzt werden konnten, und doch durch ihre Geburt das Testament rumpirten; aber in dem Recht vor diesem Gesetz war der Uebelstand noch viel größer, da nicht einmal Exheredation jener Postumi nach dem Recht möglich war. Dieser Exheredation stand die Lex Voconia gar nicht im Wege, also ließ sie diese auch bey weiblichen postumis, so weit postumi überhaupt damals schon instituirt oder exheredirt werden konnten, auch vor der L. Velleja das Testament erhalten [43]), nach dieser aber und ihrer ausdehnenden Interpretation bey allen [44]). Hier bey den postumis war denn nun auch recht eigentlich die Idee vorherrschend, der Testator müsse den präterirten Postumus nur nicht vorausgesehn, und also aus Irrthum, ohne ihn zu berücksichtigen testirt haben, wie auch daraus erhellt, daß die inter caeteras exheredirten Postumä mit einem Legat bedacht werden musten. Dieß letztere hatte aber nun eben auch die Lex Voconia gestattet, und so griff hier wieder alles gut in einander. War denn aber einmal eine Präterition geschehn, d. h. hatte man nicht exheredirt, wie man konnte und sollte, so war denn doch das obige Princip der Voconia nicht verletzt, denn nun trat gar entschiedene Intestaterbfolge ein, mit der dieß Gesetz nichts zu schaffen hatte.

42) Vergl. Ulpian XXII. 19. L. 29. D. de liber. et post. L. 13. D. de iniust. supl. in f. L. 10. S. D. de testam. tut. mit L. 10. D. de lib. et post. u. Paul. R. S. III. 4. 6. §. 9. — Die Lex Velleja war vom Jahr 763 a. u.

43) Die nach dem Tode des Testators gebornen, nur bei seinem Leben noch concipirten, Postumi konnten bekanntlich schon nach den zwöf Tafeln eingesetzt werden. Ulp. l. c.

44) Es fehlte auch im Innern des Präteritionsrechts der Weiber und in dessen Verhältniß zur Inofficiositätsquerel nicht an allen Conflicten, die man leicht, wenigstens aus der Ferne für einen Widerspruch ansehen konnte. Vgl. Gaius II. 125. 126. mit L. 4. C. de liber praeter. Es mogte sich freilich ehmals das alles viel besser in einander gefugt haben, als Justinian sich das dachte.

§. 17.

Dasselbe ungefähr ist zu sagen von der Bonorum Possessio contra tabulas, die wie das Accrescenzrecht nach Civilrecht, so nach prätorischem Recht den weiblichen Suis und Emancipatis gegeben wurde, dieß mag nun zu der Zeit, wo die Lex Voconia entstand, schon gegolten haben oder nicht. Sie ward nämlich, ehe Mark Aurel 45) sie dem Accrescenzrecht gleich stellte, auf Rescission des ganzen Testaments, also Entfernung aller extranei heredes und dem Effect nach fast ganz auf Intestaterbfolge gerichtet. Auch hier ward denn aber die Beerbung der Töchter und Enkelinnen nicht direct durch das Testament bewirkt.

§. 18.

Endlich die Quaerela inofficiosi testamenti, seit diese Beyfall gefunden, konnte allerdings auch den exheredirten weiblichen Notherben, und solchen, die sonst kein Präteritionsrecht hatten, aber deren Ausschließung von den Gütern man als eine Lieblosigkeit ansehn konnte, zur Intestaterbfolge verhelfen; allein das geschah denn auch nicht direct und unmittelbar durch den letzten Willen des Erblassers, sondern grade gegen denselben durch den Spruch des Gerichts. Allem konnte der Testator aber vorbeugen, wenn er mit seiner Exheredation oder Präterition ein tüchtiges Legat verband. Wie viel auch überhaupt außerdem die Centumviralgerichte vor August oder Cicero noch in sonst dahin gehörigen Fällen auf die Voconiana Ratio mögen Rücksicht genommen haben, das steht dahin, sehr wahrscheinlich am meisten in der ersten Zeit nach dem Gesetze, welches durch seinen Inhalt so wenig die Querel, als das Präteritionsrecht und die Intestaterbfolge berührte.

§. 19.

Zu dieser ganzen Ansicht stimmt überaus gut die einzige Aus-

45) Gaius II. 125. 126. et ibi cit.

nahme von dem Gesetz, welche bis jetzt, nämlich durch unsere Stelle der R. P. zum Vorschein gekommen ist. Die Vestalische Jungfrau konnte eine Erbin in ihrem Testamente[46]) ernennen:

> Cur enim pecuniam non habeat *mulier? cur virgini vestali sit heres*, non sit matri suae.

Es mögte schwer halten, sich von diesem Privilegium, welches Cicero dem Gesetz selbst zum Vorwurf macht, einen Grund zu ersinnen, wenn es nicht der war, daß die Vestalin überall keine Intestaterben hatte [47]) und zwar ihre nächsten männlichen Verwandten, z. B. ihren frater germanus, wie Andre, in ihrem Testament zum Erben ernennen konnte, ihre soror consanguinea aber nicht zu ihrer Erbin hätte machen können ohne Privilegium des Gesetzes, einmal nicht durch ein Testament, wie auch Andere es nicht konnten, wegen der Voconia, sodann aber auch nicht durch Enthaltung vom Testament, wie doch Andere es konnten. Um diese Ungleichheit zu vermeiden, zum Nachtheil einer sonst begünstigten Person [48]), ward sie zur Excepta gemacht. Ein Legat konnte sie allerdings der Consanguinea auf die Hälfte ihres Nachlasses geben, aber sie sollte sie auch zur Erbin, zur Civilerbin, ja auch zur einzigen Erbin haben können, wie es auch Andre bey der soror unica konnten. Nimmt man diesen Grund an, so

1) beweist dieß rückwärts, daß das Gesetz die Intestaterbinnen nicht ausnahm, und

46) *Gellius* N. A. I. 12.
47) *Gellius* l. c. in fine. Ob dieß bloß auf die Civilerben (Agnaten) ging, oder auch auf die prätorischen Erben (Cognaten als solche) und ob das: „id quo iure fiat“, womit die referirte Stelle des Labeo abbricht, nicht etwa bloß auf die nächst vorhergehenden Worte: „sed bona eius in publicum redigi aiunt“ (eine Neuerung des Augustus) zu beziehen sind, wollen wir hier nicht untersuchen. Es wird aber nächstens in dieser Zeitschrift dazu Gelegenheit seyn.
48) Vergl. Gellius l. c.

2) läßt sich daraus vermuthen, daß es mit dem flamen dialis nicht anders war, als mit der Vestalin, und daß die letztere auch vice versa in einem Testament gültig konnte eingesetzt werden, obgleich sie ein Weib war [49]. Cicero will nicht die Ausnahmen erschöpfen, und der Gegensatz mit der Mutter führt ihm von selbst die Vestalin als testatrix herbei.

§. 20.

Wir landen nun endlich wieder an der defecten Stelle. Cicero will sagen: kam es nicht bloß auf Erbeinsetzung an, sondern auf den tiefer liegenden Grund, daß kein Weib zu viel Vermögen haben solle; so ist es ja ganz widersinnig, daß von dem reichen Crassus die einzige Tochter tausend rc. erhalten könne, meine Tochter von mir nicht dreißig rc. Warum das aber nicht? hier fängt die Ergänzung an: weil ich mehrere Kinder habe, die mich ab intestato beerben würden, meine Tochter aber nicht instituiren darf. Wollte ich ihr ein Legat hinterlassen [50] so könnte ich ihr doch nicht mehr als die Hälfte meines Vermögens geben, und diese beträgt noch nicht dreißig rc.

So ließe sich nun wohl alles aufklären, wenn man es als eine Aufklärung und als eine Rechtfertigung des Gesetzes gelten lassen mögte, daß das Voconische Gesetz nicht dazu bestimmt war, allen Reichthum der Weiber schlechterdings aus der Welt zu schaffen.

49) Vergl. Gellius l. c. und X. 15. mit *Gaius* III. 114. in fine I. 130. Ulpian X. 5.

50) Vielleicht erwähnte Cicero der Legate hier gar nicht, und ließ dieß den Respondenten nachtragen. Ja es ist möglich, daß bei dem zweiten posset, womit die Restitution der Handschrift endet, auch der ganze Satz geschlossen war, und auch die der Lex Voconia gemachten Vorwürfe hier zu Ende liefen. Man setze nur ein Fragzeichen hinter posset. Philus konnte ja füglich den gegenwärtigen Freunden die Ergänzung in Gedanken aus ihnen allen geläufigen Umständen überlassen. Und so mogte es auch Cicero bey seinen Lesern erst einmal darauf ankommen lassen. Wie man nun aber auch hierüber denken mag, für unsre Untersuchung ist das gleichgültig.

Ueber den Beweis des Miteigenthums,

von

Herrn Doctor Arndts in Bonn.

In dem vorigen Heft dieser Zeitschrift wird in einer kleinen Abhandlung die Ansicht Weber's, daß dem Beklagten, welcher den Vertrag jedoch mit Hinzufügung einer aufschiebenden Bedingung eingesteht, keineswegs der Beweis dieser Bedingung aufzubürden sei, mit triftigen und klar entwickelten Gründen gegen anders meinende vertheidigt. Es sei mir gestattet, daneben eine andre Frage aufzustellen, deren Beantwortung nach der allgemeinen Ansicht der Sache zum Theil mit jener Ausführung zusammentrifft. In vielen Gerichten nehmlich ist, wie ich von erfahrnen Geschäftsmännern weiß, als unbestrittner Grundsatz angenommen, daß der Besitzer, welcher dem Kläger das Eigenthumsrecht einräumt, aber zugleich Miteigenthümer zu sein behauptet, sein Miteigenthum beweisen oder dem Kläger die ganze Sache herausgeben müße. Ich glaube nun, daß dieser Grundsatz nach gehöriger Erwägung der Bedeutung eines solchen Geständnisses eben so wenig als die von Hasse a. a. O. widerlegte Meinung sich rechtfertigen läßt, und behaupte vielmehr, daß der Kläger in diesem Falle den Beweis seines Alleineigenthums führen muß.

Betrachten wir den Fall zuerst ohne Rücksicht auf die juristischen Gründe für die eine oder die andere Entscheidung, so ergibt sich auch hier, was dort S. 140 bemerkt wird, daß in jenem Grundsatze gewisser Maßen eine Nöthigung zur Unredlichkeit liegt. Räumt der Besitzer dem Kläger gar nichts

ein, so muß dieser den vollständigen Beweis seines Eigenthums führen und jener bleibt bis dahin im alleinigen Besitze, im Genuß des ganzen Eigenthums der Sache. Soll er nun, indem er zur Hälfte das Eigenthum dem Gläubiger zugesteht, gleich zum Beweise seines Eigenthums an dem andern Theile verpflichtet werden, so hat er allerdings eine dringende Veranlaßung, das Eigenthum des Klägers ganz in Abrede zu stellen, wenn er von seinem Rechte überzeugt seinen Beweisen mistraut, oder auch nur die Kosten einer weitläufigen Beweisführung scheuen muß; es ist ihm dieses vorsichtige Läugnen einer ihm als wahr bekannten Thatsache kaum zum Vorwurf zu machen, denn wenn es darauf ankommt, ob er oder ein Andrer durch Urtheil einen Theil des Seinigen verlieren soll, wie kann ihm zugemuthet werden, daß er freiwillig diesen in die beßre Lage versetze? Wer redlicher sein will, wird, wenn er vorsichtig ist, des Klägers Recht wenigstens nur bedingt eingestehen — nehmlich wenn auch der Kläger des Beklagten Miteigenthum anerkenne —, wodurch jener gezwungen würde, entweder das Geständniß ganz fallen zu laßen, oder auf anderweitigen Beweis seines Alleineigenthums zu verzichten. Diese Bemerkung ist nun freilich kein Argument für unsre Meinung; aber sie muß geneigt machen zu glauben, daß diese auch durch andre Gründe als richtig zu erweisen sei, und wird die überzeugende Kraft derselben verstärken. Ich will also versuchen, diese Gründe, wie sie sich aus der juristischen Ansicht der Sache ergeben, darzulegen.

Wer das Eigenthum einer Sache in Anspruch nimmt, muß wenigstens eine Thatsache erweisen, durch welche er dasselbe erworben habe. Nehmen wir nun an, er habe, nicht durch ein Geständniß, einen Beweis geführt, der ihn aber ausdrücklich und bestimmt nur als den Eigenthümer eines Theils dieser Sache darstellt, so wird man ihn doch ohne Zweifel mit seinem Anspruche an den übrigen Theil abweisen müßen, da der Richter durchaus keinen Grund hat

zu glauben, daß jenem daran mehr Recht, wie dem Beklagten zustehe, dieser also vorläufig so weit im Besitze zu erhalten ist. Darin kann auch das natürlich gar keinen Unterschied machen, ob er für einen physischen oder intellectuellen Theil sein Eigenthum nachgewiesen hat. Man denke sich nur folgenden Fall: Der Streit betrifft ein Grundstück, zufällig von ganz gleichmäßiger Beschaffenheit, dessen intellectuelle Hälften also sehr leicht durch eine physische Theilung vertreten werden können: der Kläger beweist nun z. B. durch einen Kaufbrief, daß er von einem der zwei Erben des unbestrittenen frühern Eigenthümers den einen Theil dieses Grundstüks, das der Beklagte als ungetheiltes Ganze besitzt, rechtmäßig erworben habe: Niemanden wird es einfallen, dem Kläger auf seine bloße Behauptung hin nun den Besitz des ganzen Grundstüks zuzusprechen, bis etwa der Beklagte beweise, daß er den Antheil des andern Erben erworben habe; denn in Beziehung auf diesen hat er ja vor dem Beklagten gar keinen, dieser aber vor jenem als Besitzer den Vorzug. Und gewiß wird man auch darauf kein Gewicht legen, ob die vom Kläger beigebrachte Beweisurkunde die intellectuelle Hälfte des den Erben noch gemeinschaftlichen, oder die physisch bestimmte Hälfte des unter diesen schon getheilten Grundstüks als den Gegenstand der Erwerbung bezeichnet. Nach derselben Ansicht muß aber nun offenbar auch dann das Urtheil gefällt werden, wenn der Beklagte das Miteigenthum ohne Beweis einräumt: wie man das Geständniß auch ansehen mag, man kann auf keine andre Entscheidung kommen. Betrachtet man es als Beweismittel, so ist die Consequenz einleuchtend, daß dadurch nur das, was in demselben wirklich zugestanden ist, also in unserm Falle nur Miteigenthum als erwiesen gelten, daß also der Kläger eben so wie in dem angeführten Beispiele nur Anerkennung des Miteigenthums auf den Grund des Geständnisses erlangen kann. Betrachtet man dieses als eine freiwillige Einräumung zum Vortheil des Klägers, als eine Entäußrung seines

Rechts auf einstweiligen Schutz seines Besitzes, mit einem Worte, als Zugeständniß eines Rechts, das den Beweis überflüßig macht, so ist wieder offenbar, daß dieses nicht über die deutliche Meinung des Geständigen ausgedehnt werden darf; man muß vielmehr behaupten, daß es nach einer allgemeinen Regel im Zweifel auf die dem Verzichtenden am wenigsten nachtheilige Art ausgelegt werden müße.

Mit dieser Entscheidung stimmt auch die verständige Entwicklung Gönner's über die Bedeutung eines qualificirten Geständnißes überhaupt, womit jedoch die zum Theil berichtigenden Bemerkungen von Linde zu vergleichen sind, vollkommen überein [1]: was ich deswegen berühre, weil man wohl eben in dieser Gönnerschen Ausführung eine Unterstützung für die entgegengesetzte Ansicht zu finden geglaubt hat. Die Streitfrage über die Wirkurg eines qualificirten Geständnisses ist ein merkwürdiges Beispiel, wie man sich durch verunglückte Begriffsbestimmung und verkehrte Auslegung einer halbwahren Regel die Einsicht in eine Sache getrübt hat, die an sich sehr einfach einem geübten juristischen Gefühl, man sollte meinen, leicht zu entscheiden wäre, weshalb die Römischen Rechtsquellen derselben kaum einmal erwähnen. [2]). Was in einem Geständniß oder richtiger was in der Antwort des Beklagten, die über irgend etwas ein Geständniß enthalten soll [3]), wirklich als eingeräumt erscheint, wenn man sie in ihrem Zusammenhange mit gesundem Verstande auslegt, das kann nimmermehr noch Gegenstand des Beweises in diesem Rechtsstreite sein. Die Behauptung, ein Geständniß sei untheilbar, ist also zwar in so fern gewiß richtig, als man dabei denkt, es

1) Gönner Handb. des Proz. IIr Bd. Nro. 43. §. 14. fg. §. 18 — 22. vgl. Linde Abhandlungen. Bonn 1823. S. 90 — 94. S. 113. fg.

2) Fr. 26. §. 2. D. deposit. s. Linde S. 105.

3) Nur dadurch, daß man die ganze Antwort des Beklagten Geständniß nannte, ist man zu dem Begriffe eines qualificirten Geständnißes gekommen; denn Geständniß an sich ist immer entweder ganz oder gar nicht Geständniß, mag es nun alle vom Kläger behaupteten Thatsachen betreffen oder nur einige derselben.

müße in seinem Zusammenhange erklärt werden; denn ein Satz aus seinem Zusammenhange gerissen kann etwas ganz andres sagen, als der Beklagte sagen wollte: aber grundlos ist es, ein Geständniß in der Art für untheilbar zu halten, daß der Kläger auch das wirklich Eingestandene nicht anders benutzen dürfe, als wenn er zugleich die Wahrheit der hinzugefügten Beschränkungen nicht bestreiten wolle. Es sei denn, daß das Geständniß bedingt war; denn ein solches ist noch gar nicht Geständniß, sondern nichts als ein Vergleichs-Antrag.

Es kommt nun Alles darauf an, sagt Gönner, ob das Geständniß das Recht des Klägers an sich vollkommen richtig darstelle, folglich die beigefügte Limitation als eigene Behauptung des Beklagten anzusehen sei, um das Recht des Beklagten, so weit es aus dem Zugestandnen fließet, zu zerstören — oder ob das Eingeständniß an sich das Recht des Klägers noch unvollständig darstelle, somit die Limitation nur als Abläugnen einer Thatsache zu betrachten sei, ohne welche das Recht des Klägers nicht anerkannt werden kann. Im letzten Falle hebt das Geständniß die Verbindlichkeit des Beklagten nicht auf, das durch die Limitation Abgeläugnete zu beweisen; im ersten Falle hingegen ist sein Klagrecht außer Zweifel gesetzt, bis es durch die vom Beklagten zu beweisenden Gegenbehauptungen entkräftet wird. Kurz kann man sagen: Sobald der Beklagte mittelbar (durch Einräumung von erheblichen Thatsachen) oder unmittelbar das Recht des Klägers, den Klaggrund, vollkommen eingeräumt hat, aber auch nur so weit dieses geschehen, ist der Kläger von fernerem Beweise frei. Bei einer klaren Vorstellung von den Voraussetzungen der Klage muß man damit immer zu einer richtigen Entscheidung kommen; man braucht nur, um sicherer zu gehen, jedesmal den Inhalt eines Geständnißes mit dem in gleicher Weise beschränkten Resultat einer andern Beweisführung zu vergleichen.

Diesemnach ist also, wer den Vertrag zugibt, aber Hinzu-

fügung einer aufschiebenden Bedingung behauptet, zum Beweise dieser Bedingung nicht verpflichtet; denn indem er nur einen bedingten Vertrag eingesteht, läugnet er in der That den Klaggrund. Eben so wenn Jemand den Kläger als Eigenthümer anerkennt, aber Miteigenthum behauptet, so ist nur Miteigenthum des Klägers gewiß, weiter aber der Grund der Klage geläugnet worden, also der Kläger, so fern er Alleineigenthum in Anspruch nimmt, nicht vom Beweise frei. Aber, könnte man sagen, der Beklagte des Klägers Eigenthum eingestehend behauptet doch, daß er Miteigenthümer sei, and diese selbstständige das zugestandene Recht theilweise zerstörende Behauptung muß er beweisen? Dieser Einwurf beruht indeßen nur auf einer unrichtigen Auslegung der Antwort des Beklagten und enthält einen Verstoß gegen die Regel, daß man das Geständniß immer in seinem Zusammenhange auffassen soll. Denn eben indem der Beklagte die Behauptung beifügt, daß er Miteigenthümer sei, deutet er an, daß er in den vorhergehenden Worten dem Kläger keineswegs Alleineigenthum zugestehen, dieses vielmehr läugnen will. Auch ist es ganz zufällig und daher für die Bestimmung der Beweislast völlig gleichgültig; daß der Beklagte zugleich behauptend sagt: ihm stehe das Miteigenthum zu; da diese Behauptung wirklich nur eine andre Form der Verneinung, daß der Kläger alleiniger Eigenthümer sei, also ein Abläugnen des Rechts ist, so wie es vom Kläger in Anspruch genommen wird. Eben so könnte der Besitzer gegen den Kläger die Behauptung vorbringen (wie das auch gewöhnlich der Fall ist), daß er selbst alleiniger Eigenthümer sei, ohne daß deshalb das Verhältniß zwischen Besitzer und Kläger in Beziehung auf den Beweis im Geringsten ein andres wäre, als wenn er schlechthin läugnend geantwortet hätte, der Kläger sei gar nicht Eigenthümer.

Also soll der Kläger beweisen, daß kein andrer Miteigenthümer sei? Er beweise nur, daß er Eigenthümer der Sache ist, wie er es bewiesen haben würde, wenn der

Beklagte gar nichts eingestanden hätte; und wenn er eine Erwerbung nachweist, bei welcher von einer Beschränkung auf einen Theil keine Rede ist, so mag er den Sieg davon tragen; — nach dem Geständniß allein aber kann er nie mehr erlangen, als ihm zugestanden ist.

Was das Preußische Recht angeht, so wird zwar der Instruent den Beklagten, der Miteigenthum vorgiebt, auffordern, den Grund seiner Behauptung, die Erwerbungsart wie seine Beweismittel zu nennen, um ihn so zu veranlaßen, daß er des Klägers Anspruch völlig einräume; wenn aber der Beklagte bei seiner Behauptung beharrt, so muß am Ende der Beweis nach derselben Regel, die wir oben aus der Natur der Sache abgeleitet haben, dem Kläger aufgelegt werden. Denn daß hier der Anwendung der gemeinrechtlichen Grundsätze im Preußischen Prozeß nichts entgegenstehe, hat schon Linde a. a. O. nachgewiesen.

Ueber die causa adiecta s. expressa bei Vindicationen u. s. f.

Zu dem Aufsatz des Herrn Prof. Puchta, Mus. Jahrg. II. S. 251. flgg.

Von

Herrn Professor Heffter.

Wenn man sich plötzlich von einem alten Glauben losreißen soll, den man mit der großen Menge, ja mit den Meisten, und beinahe mit Allen unbefangen getheilt hat, so ist das Mißbehagen zu groß, um nicht eine Aufforderung zur Prüfung des Alten und Neuen in sich zu fühlen.

Ich beginne mit einigen grammatischen Bemerkungen über das Wort causa, wo es in Beziehung auf Actionenrecht in den Quellen vorkömmt. Es sind besonders drei Bedeutungen ins Auge zu faßen.

Causa heißt unzählige Mahl das ganze Wesen, des Ens einer Sache in ihren äußern eigenthümlichen Umrissen, Schattirungen und Ergebnissen *); oft unübersetzbar. Den Juristen ist es darum häufig die juristische Beschaffenheit einer Sache mit allem demjenigen, was dabei juristisch in Betracht kommt, oder dazu juristisch gehört, wie z. B. das secundum suam causam in der alten Vindicationsformel, womit unstreitig das cum omni causa der Neuern (l. 20. D. de R. V.) nahe verwandt war. Und so heißt auch wohl das causa proxima actionis bei Neratius in l. 27. D. de exc. rei iud. Nichts

*) Vgl. Manutius zu Cic. lib. 1. ad Divers. ep. 1. p. 11. ed. Graevii.

anders, als die unmittelbare eigenthümliche, rechtliche Beschaffenheit der Klage, nicht etwa, der nächste Klaggrund, im Gegensatz zu einem entfernten — ein Unterschied, den die römischen Juristen schwerlich kannten — gerade, wie bei Paulus in l. 8. D. de cond. ob turp. c. die proxima causa obligationis so viel heißt, als: das unmittelbare Obligationsverhältniß. Gleichbedeutend mit causa proxima actionis ist auch, wie H. Puchta so schön nachgewiesen hat, causa petendi, bei Paulus in l. 14. pr. D. de exc. rei iud., d. h. der Inbegriff der juristischen und factischen Elemente, die die Klageformel ausdrückt und zusammenfaßt; das, was auch ius actionis, in der l. 13. D. ib. genannt wird. Von dem bloßen factischen Entstehungsgrund der Klage, der origo petitionis, wie er in l. 11. §. 4. ib. heißt, oder von der ratio, qua quis sibi causam actionis competere existimavit, wie in l. 27. D. ib. gesagt wird, ist dabei an sich nicht die Rede.

Weiter bezeichnet causa für sich allein ein klagbares Rechtsverhältniß, δίκη, wie z. B. in dem causam agere, und bei Paulus in l. 14. §. 2. l. c. »singulas obligationes singulae causae sequuntur«, d. h. jede Obligatio hat ihre selbstständige eigenthümliche Klagbarkeit.

Dann endlich heißt freilich causa auch der wirkliche Entstehungsgrund eines Rechtsverhältnißes, und wird in dieser Bedeutung meistens leicht durch die Wortstellung erkannt, z. B. causa ex qua dominium contingit, nobis debetur u. s. w. in l. 3. §. 4. D. de acq. poss. l. 159. D. de div. R. I. und in unzähligen andern Stellen.

Wir können es bei diesen Bedeutungen bewenden laßen, und es fragt sich nun, was heißt die causa expressa oder adiecta bei Vindicationen.

Die erste erhebliche Stelle ist von Ulpian lib. XVI. ad edictum in l. 1. D. de R. V.

> §. 2. Per hanc autem actionem (es ist die specialis in rem actio) liberae personae, quae sunt iuris nostri,

> non petuntur. Petuntur igitur aut praeiudiciis, aut interdictis, aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro XXXVII. nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet. Si quis ita petit filium suum vel in potestate (vielleicht hieß es in mancipio) ex iure romano, videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse; ait enim, adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.

Ob die Worte, ex iure romano, von Ulpian wirklich geschrieben waren, oder ob sie ihm von Tribunian hineingesetzt wurden, kann man unentschieden seyn laßen; die Worte von Pomponius haben ohne Zweifel ihre Richtigkeit. Sie scheinen mir zu enthalten: 1. Wer einen Gegenstand sowohl jure gentium als jure Quiritium s. jure civili vindiciren konnte, dem stand es frei, ganz allgemein hanc rem suam esse petere, 2. Wer aber blos aus quiritarischem Recht vindiciren konnte, mußte nothwendig die Klage näher bestimmen oder specialisiren, durch die Beifügung ex lege s. iure Quiritium. Causa ist also hier die nähere oder unmittelbare Modalität, worauf es bei einer Klage ankömmt, nach der obigen ersten Bedeutung.

Die zweite Stelle ist die von Ulpian in l. 11. D. de exc. rei iud.

> §. 1. Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem. §. 2. Si quis autem petat: fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit: si postea alia ex causa petat, causa adiecta, non debet summoveri exceptione.

Hier sind zwei Erklärungen möglich, hinsichtlich §. 2. Entweder so: Jemand vindicirt einen Fundus, mit Bezug darauf, daß er Eigenthum durch Tradition (wenn Ulpian nicht viel-

leicht ein anders Wort hatte) erworben habe; er wird abgewiesen, klagt aber von Neuem mit ausdrücklichem Bezug auf eine andre Erwerbungsart; und darum kann ihm die exceptio rei iudicatae nicht entgegengesetzt werden. Oder so: Jemand, der seinen Eigenthumsanspruch auf Tradition gegründet hatte, wird abgewiesen. Kann er nachher die Eigenthumsklage an derselben Sache auf einen andern (neuen) Erwerb gründen, so steht ihm die Exception nicht entgegen, wegen der hinzugekommenen causa. Man könnte vielleicht noch eine dritte Erklärung erdenken, etwa so, daß man die Worte si postea alia ex causa petat, causa adiecta von einer persönlichen Klage aus einem obligatorischen Verhältniß z. B. ex stipulatu verstünde: allein dieß würde sich gar zu sehr von selbst verstanden und kaum einer Bemerkung bedurft haben, wahrscheinlich auch anders gesagt worden seyn.

Die erste Erklärung haben nun so ziemlich alle ältere und neuere Interpreten, die zweite vertheidigt jetzt beinahe zuerst Herr Puchta. Das kann natürlich nicht gegen ihn entscheiden. Nur wenn er sich auf die Basiliken beruft, daß auch hier schon seine Erklärung sich finde: möchte ich das noch nicht geradezu für richtig halten. Denn in der kurzen Paraphrase des §. 2. *ἐι μέντοι καινὴν αἰτίαν προτίθησιν, οὐκ ἐκβάλλεται*, bleibt immer noch zweifelhaft, ob nicht unter der *καινὴ αἰτία* jedwede neue, bisher noch nicht angeführte causa verstanden werden müße. Inzwischen beweiset die ganze Uebersetzung Nichts über die Meinung Ulpians.

Also zur nähern Prüfung des Urtexts selbst und seines Zusammenhangs. Nach H. Puchta muß man bei den Worten si postea alia ex causa petat, an ein postea adquisitum dominium denken. Das liegt nicht in den Worten, sondern muß erst hinein interpretirt werden. Im §. 4. sagt Ulpian so deutlich »si alia causa nova post petitionem accessit«; warum hätte er es in §. 2 blos mit der alia cause bewenden laßen sollen? Die gewöhnliche Erklärung hat den einfachen Wort-

sinn für sich, und da in unserm §. die Anführung einer bestimmten Erwerbungsart, der Traditio, vorausgegangen ist: so liegt es näher, unter der alia causa schlechthin auch nur eine andre, nicht gerade neue Erwerbung zu verstehn, eine causa, ex qua res nostra facta est. Ferner: nach Puchtas Erklärung müßen wir die Worte: causa adiecta so nehmen, als hätte Ulpian geschrieben: si postea alia ex causa adiecta petat, i. e. quae nova accessit, wie es §. 5. in f. heißt. Aber sollte wirklich Ulpian sich des Worts adiici von dem Hinzukommen des Eigenthums bedient, und er ohne Noth zweimahl das causa wiederholt haben? Und ist nicht Letztres ein Zeichen, daß gerade darauf ein besondrer Nachdruck gelegt werden müßte? Wäre Puchta's Erklärung im Wesentlichen die richtige, so möcht' ich wenigstens für die Worte causa adiecta die Bedeutung gerechtfertigt sehen, daß man es übersetzen könnte: indem sich der Kläger auf diese neue causa beruft. Dies würde auf zweierlei Weise haben geschehen können, wenn es nicht, wie Puchta läugnet, in der Formel der Klage selbst geschehen durfte: in jure, oder mittelst einer Replication auf die exceptio rei iudicatae. Jenes, oder das bloße Allegiren in jure möchte nun wohl die exc. rei iud., wenn sie postulirt wurde, nicht ausgeschloßen haben; das Letztre aber ist wahrscheinlich, ja für Puchta's Meinung sogar nothwendig. Denn nach ihm ward die Vindicationsformel immer nur schlechthin auf Eigenthum gestellt. Im Allgemeinen war also dagegen die exceptio rei jud. zuläßig, daß schon über das Eigenthum gegen den Kläger entschieden sey; es bedurfte nun einer Replicatio, etwa so: aut si postea alia causa dominii accessit. Und in der That werden bei Gaius IV, §. 126—129. die Replicationen, Duplicationen u. s. f. schlechthin adiectiones genannt.

Doch auch mit dieser Rectification möcht' ich die gewöhnliche Erklärung der Stelle nicht sofort aufgeben. Die Redensart causa adiecta, statt: replicatione addita ist etwas Unge-

wöhnliches und die Wortstellung dabei unnatürlich; man würde von Ulpian dann eher erwarten, wenn er jenes hätte sagen wollen: adversus exceptionem replicatione adjuvabitur oder Aehnliches. Dagegen bietet die l. 1. cit. D. de R. V. eine unzweideutige Erklärung der Worte causa adiecta dar, indem man darunter eine nähere Bestimmung des rechtlichen Gehalts der Klage verstehn muß; eben so sehen wir aus den Fr. Vat. §. 52. daß adiectio eine Modalität bedeutet, die der Intention in petitorischen Formeln rücksichtlich des in Anspruch genommenen Rechts beigefügt wird; und vor diesen Gewißheiten muß jede zweideutige Erklärung zurückstehn, insofern nämlich der sonst schon beglaubigte Sprachgebrauch seine Anwendung ohne innern Widerspruch wieder finden kann. Und auch das hat die vulgäre Interpretation für sich, daß es heißt: si quis petat, eo quod Titius tradiderit, und nicht etwa, eo quod fundum a Titio sibi traditum esse existimet, opinetur, oder sonst, wie in §. 1. §. 5. und l. 27. eod.

Sehen wir auf den Zusammenhang unserer Stelle, so verhält es sich damit so, nach der gewöhnlichen Erklärung:

Wer die Eigenthumsklage schlechthin anstellt, und unterliegt, dem gewährt es rücksichtlich der e. r. j. keinen Vortheil, wenn er sich in der factischen Begründung vergriffen hat. (§. 1.) Anders, wenn er die Eigenthumsklage ausdrücklich auf eine gewisse Erwerbungsart gestellt hätte, denn hier kann er nachher noch immer mit der auf einen andern Erwerbungsgrund gestützten Klage auftreten. (§. 2.) Nun folgt ein besonderer Fall für die exceptio rei iud. §. 3. Und dann handelt Ulpian die Frage ab, in wie fern man mit der Vindication schon einmal abgewiesen, doch wegen einer spätern Erwerbung der Sache von Neuem klagen könne. (§. 4. 5.)

Nach Puchta's Erklärung hätte Ulpian schon im §. 2. gerade das gesagt, was er erst im §. 4. u. 5. entwickeln zu wollen, deutlich ankündigt. Eandem causam facit etiam origo petitionis etc. §. 4. Nun könnte man zwar auch gegen

die gewöhnliche Erklärung sagen: Was im §. 1. gesagt sey, werde ebenfalls im §. 5. wiederholt. Allein eben durch den vorausgesetzten Inhalt des §. 2. erhält dieses sein ganz eignes Colorit. Die Gradation ist diese: Im Allgemeinen ist es bei der blos auf das Eigenthum gestützten Klage gleichgültig, an welchen Erwerbungsgrund man dabei dachte. Ganz anders, wenn man ihn ausdrückt, oder wenn eine alia nova causa accessit. Nur bloße Meinungsveränderung in den factischen Gründen, die gleichzeitig schon bei Anstellung der Klage vorhanden waren, kommt nicht in Betracht.

So viel über die l. 11. §. 1. u. 2., wo für die gewöhnliche Erklärung wenigstens ein Uebergewicht der Gründe streiten dürfte. Es bleibt nun noch die l. 14. §. 2. übrig.

> Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur; at cum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.

Bei der Interpretation dieser Stelle handelt es sich zunächst darüber, ob, wie fast Alle ohne Ausnahme bisher geglaubt haben, das non expressa causa die factische, vorausgesetzte Modification von den Worten: cum in rem ago, sey, oder vielmehr, wie H. Puchta glaubt, die ursachliche Erläuterung des Folgenden, gleich als hätte Paulus gesagt: at cum in rem ago, omnes causae petitione comprehenduntur, quoniam causa in his actionibus non exprimitur. Ob nun ablativi absoluti s. consequentiae mit dem Perfectum auch das schlechthin Ursachliche ausdrücken können, muß ich der Entscheidung der Grammatiker überlaßen. Ich kann aus juristischen Schriftstellern weder für noch gegen H. Puchta entscheidende Stellen aufführen. Ich kann von mir nur sagen, daß

ich die Stelle Jahrelang immer im Gedächtniß gehabt habe, und nie auf eine andere Erklärung hingeführt worden bin, weder früher noch später, seitdem ich auf das ursprüngliche Quellenstudium das der Commentatoren und Interpreten folgen ließ. Und da nun auch im Zusammenhang der ganzen Stelle dieser allgemeinen Deutung nichts entgegensteht, wenn ich mir das non expr. c. übersetze: wo, oder, so fern man nicht die causa, e. q. r. m. e. d. in der actio angegeben hat: so wird am Ende noch die Entscheidung davon abhängen, ob und wie eine solche adiectio causae vorkommen konnte.

Diese Frage kann, von den obigen Beweisstellen abgesehn, lediglich noch aus dem practischen Bedürfniß und seiner Vereinbarkeit mit dem hergebrachten Actionenrecht beantwortet werden. Ist dieß beides nachzuweisen, so steht gewiß nichts weiter entgegen, die vulgäre Erklärung der obigen Stellen beizubehalten.

Es ist wahr, bei den in rem actionibus ist das Rechts-Element oder der Grund und der Gegenstand der Klage im Wesentlichen identisch; ich fordere Eigenthum zurück, weil es mein Eigenthum ist, nicht weil ich es gerade auf die oder jene Weise erworben habe u. s. w. Juristisch muß dieß festgehalten werden, weil darin das Haupt-Unterscheidungszeichen zwischen dinglichen und persönlichen Rechtsverhältnissen liegt. In jenen ist die Herrschaft des Menschen über die ihm dienende leblose Außenwelt ausgedrückt, in diesen das Verhalten zu der freien Persönlichkeit Anderer, die nur durch Handlungswillkühr ihrer selbst dienstbar und genußreich gemacht werden kann, und niemals weiter, als sie wollten. Nichts glücklicher abstrahirt, als dieß, um ein festes System zu gründen, obwohl ohne absolute Nothwendigkeit; und auf keinen Fall wird eine vernünftige Rechtswissenschaft verläugnen dürfen, daß practisches oder wahres Lebensbedürfniß über der Consequenz einer von der Theorie abstrahirten juristischen Formel stehe, daß

diese sich nach jenem beugen müße; und gerade das wußte und vermittelte die römische Jurisprudenz, wie Niemand beßer weiß, als H. Puchta.

Practisches Bedürfniß war es nun gewiß bei den Römern so gut, als noch bei uns es ist, daß Niemand um einer Rechtsformel willen genöthigt werde, wenn er eine Vindication anheben will, sich nach allen auch noch so verschiedenartigen Gründen umzusehn, aus welchen er sein Recht irgend zu gleicher Zeit und nebeneinander ableiten könnte, aus Furcht vor der künftigen exceptio rei iudicatae. Oft ist es auch nicht möglich, alle Gründe zu entdecken, oder die nöthigen Beweise dafür zu erlangen, und dennoch kann es dringend nothwendig seyn, mit der Vindication ohne Verzug hervorzutreten. Sollte sich in der That nicht fühlbar machen und von jeher fühlbar gemacht haben, daß es für solche Fälle, die gewiß nicht selten sind, eines Schutzmittels gegen die Einheit der actio in rem bedürfe? Freilich Herr Puchta behauptet das Gegentheil. Nach ihm kann Billigkeit und Vernunft nicht fordern, einen Kläger zu unterstützen, der sich das Recht vorbehalten möchte, aus einem Proceß sechs zu machen. Es ist wahr, das lites minuendi studium mag sich durch juristische Politik rechtfertigen laßen; aber ein höheres Princip des Rechts und der Billigkeit, eins wie das andre, scheint mir wenigstens auch zu wollen, daß Niemand um einer von der Theorie abstrahirten Formel willen, oder damit nicht statt eines, zwei oder mehrere Processe geführt werden, um sein gutes Recht kommen dürfe, was er in allen möglichen Begründungen jetzt eben nicht ausführen kann. Aus dem ersten Grunde schafften die Römer ihre Legis Actionen ab, und deshalb das neuere Recht die Formeln ganz. Unter solchen Voraussetzungen ist auch ein wirklicher Nothstand vorhanden. Herr Puchta verweiset zwar deshalb auf die R. I. I., aber einmal ist zu erinnern, daß die Römer in der s. g. classischen Jurisprudenz äußerst haushälterisch mit den Resti-

tutionen gegen res iudicatas waren, und daß sie Neratius in l. 27. D. de exc. r. j. geradezu, wo die exc. rei iud. begründet war, für unzuläßig zu erklären scheint; (vgl. meine Instit. des röm. u. deutschen Civ. Pr. S. 498.) und andern Theils läßt sich nicht begreifen, warum es nicht beßer seyn und näher liegen sollte, den Kläger, der von mehreren Klagebegründungen jetzt eben nur eine einzuführen im Stande ist, obgleich er weiß, daß er mehrere hat, ohne sie dem Richter schon vorlegen zu können, ein unschuldiges, sein materielles gutes Recht sicherndes Schutzmitel auf seine Gefahr zu verleihen, anstatt der unsichern Aussicht auf eine Restitution. Und in diesem Beßern oder Näherliegen liegt doch auch ein practisches Bedürfniß.

Aber es gibt noch ein andres aus dem Gesichtspunct der gerichtlichen Politik, insofern diese auf Vereinfachung der Proceduren bedacht seyn muß. Zwingt die Strenge einer Formel unbedingt zur Vorbringung aller Mittel und Beweise, selbst über die verschiedensten Thatsachen: so wird das Verfahren dadurch auf einen großen Kreis von Gegenständen oft unnöthig ausgedehnt werden, da doch schon mit einer Beweisführung das Endresultat gewonnen werden könnte. Damit sind Verwickelungen und größere Kosten unausbleiblich verknüpft. Ich gebe zu, daß ich diese Rücksicht mehr aus unserm jetzigen Gerichtsverfahren abstrahire. Wenn man aber bedenkt, daß bei den Römern eine nicht gar lange Frist zur Verhandlung und endlichen Entscheidung eines Rechtsstreites gegeben war, und daß es nicht eben zweckmäßig seyn konnte, den Privatrichtern eine zu große Maße des Thatsächlichen vorzulegen: so möchte auch hierin ein Bedürfniß zur Modification oder Vereinfachung der formula in rem in vielen Fällen gelegen haben.

Endlich sey es erlaubt, die Vermuthung aufzustellen, ob nicht bei dem blos jure gentium, nicht nach strengem quiritischen Recht, erworbenem Eigenthum in Vindicationsfällen ausdrücklich die Erwerbsart habe angegeben werden müßen,

gerade schon in älterer Zeit, als das dominium j. gentium rechtliche Geltung zu erhalten anfieng, in ähnlicher Art, wie ja auch bey der Verfolgung des prätorischen Eigenthums die letzte nnmittelbare Erwerbung ausgedrückt wurde? Und dann würde die expressa causa gar Nichts neues, oder erst dem spätern Recht angehörig gewesen seyn. Indeßen ich will mich bei Vermuthungen über ohnehin so dunkle Sachen nicht aufhalten, und mich auf die vorhergehenden Gründe eines in sich vorhandenen practischen Bedürfnißes beschränken *).

*) Für Diejenigen, welche nicht alle Vermuthungen schlechthin verwerfen, will ich, zugleich um den Vorwurf leerer Geheimthuerei zu vermeiden, meine Ansicht noch etwas deutlicher zu machen suchen. Für das alte, legitime, quiritarische Eigenthum gab es nur eine Formel, ex jure Quiritium. Seitdem man aber anfieng, auch mit dem blos jure naturali s. gentium erworbenen Eigenthum selbst unter Römern Vindicationsrecht zu verbinden, war es gewiß überaus natürlich, in der Formel dem Richter näher zu sagen, worauf es bei Entscheidung der Sache ankomme, und daß es sich nicht von Quiriten-Recht handle. Schwerlich möchte man zu der so unbestimmten vagen Formel ex jure gentium seine Zuflucht genommen haben; näher lag und deutlicher war es, die dem jus gentium anerkannte Erwerbungsart anzuzeigen. Späterhin assimilirte sich unverkennbar das dominium jur. naturalis s. gentium in seiner rechtlichen Geltung dem dominium legitimum so sehr, daß man für beides eine Formel, die formula petitoria aufstellte (l. 23. pr. D. de R. V.) und aus l. 1. ib. ist, wie schon oben bemerkt wurde, zu schließen, daß es im Allgemeinen erlaubt war, sich schlechthin auf Eigenthum zu berufen. Nur wo blos Quiriten-Recht Eegenthum gab, wie bei dem filius in potestate mußte das exi. Qu. nothwendig beigefügt werden; dasselbe mußte auch dann geschehen, wenn Jemand sein nudum jus Quiritium an einer Sache vindiciren wollte, die ein andrer in bonis hatte. Wollte der Letztre vindiciren und beruhte das in bonis esse auf einer Erwerbsart jure gentium, so konnte er sich natürlich nicht auf Quiritenrecht berufen, aber einer andern adjectio bedurfte es unstreitig, und da sehe ich wieder kein andres Mittel, als die Angabe der Erwerbsart. So wißen wir ja auch jetzt, daß derjenige, der eine Sache nach Prätorischem Recht in bonis hatte, z. B. der bonorum emtor, bei der Eigenthumsverfolgung seine Erwerbsart, woran der Prätor die fictio dominii oder die tuitio knüpfte, in der Formel angab. Ahnungen hiervon hatte ich schon in meinen Gaianischen Observationen p. 92. 93. Ich bin aber mit mir jetzt darin noch klarer geworden. Ja Ulpian selbst hatte vielleicht in der Stelle l. 11. §. 2. D. de re jud. den Fall vor Augen, wo der blos bonitarische Eigenthümer eines Fundus denselben vindiciren wollte, si quis fundum petat, eo quod Titius eum sibi tradiderit. Da lag es denn auch nicht so fern, des practischen Bedürfnißes halber, bei der formula petitoria überhaupt die Beifügung der causa dominii zu gestatten.

Wie ließ sich nun das Bedürfniß mit der Eigenthümlichkeit des Actionenrechts in Einklang bringen? Mit den Legis-Actionen gewiß nicht; und das ist wohl für das neuere Recht sehr unbedeutend, da sie bei den Cemtumvirn vorkamen, zu Ulpians und Paulus Zeiten vielleicht nur noch in den inofficiösen Testamentssachen — aber gewiß mit den Sponsionen, und den petitorischen vulgären Formeln.

Bei den Sponsionen gesteht Herr Puchta die Möglichkeit selbst zu, und sie ist auch evident. Diese konnten frei auf jedes, an sich gleichgiltige Factum gestellt werden, wie man aus einer Menge Beispielen bei Cicero u. A. sieht, wenn die Parteien es wollten. Eben diese Beispiele, so wie die ganze Eintheilung des Actionensystems nach den Sponsionen-Classen beweisen: wie gewöhnlich jene Streitart den ächten Römern war, und wie sehr sie daran hiengen. Der Zweifel bleibt freilich, ob der Beklagte gegen seinen Willen schuldig war, sich auf eine, auf den Erwerbungsgrund beschränkte sponsio in rem einzulaßen; wenn man aber erwägt, daß der Prätor, wie aus so vielen Andeutungen entnommen werden darf, die Befugniß hatte, einzelne Formeln causa cognita nach den besondern Bedürfnißen eines einzelnen Falls zu modificiren, so glaube ich auch, jenem Zweifel in Hinsicht der Sponsionen keinen Raum geben zu dürfen, und Cicero's Rede für Quinctius bestärkt mich darin.

Aber hauptsächlich bei der formula petitoria findet sich keine innere noch äußere Schwierigkeit, die Vindication auf einen Erwerbungsgrund zu beschränken. Was das Aeußere betrifft, so hat Keller die sinnige Vermuthung aufgestellt, daß sich solches durch eine praescriptio habe bewirken laßen. Es würde anmaßend seyn, darüber streiten zu wollen, da wir das Formelrecht noch immer wenig genug kennen, nur scheint mir, wie ihm, daß vorzüglich durch einen Beisatz zur intentio die Modification habe geschehen dürfen. Darauf weiset das adiecta causa hin, und vielleicht auch Ulpian selbst in der

l. 11. §. 2. mit den Worten: si quis petat, fundum suum esse, EO QVOD etc. Und warum hätte es nicht in der Formel heißen können: si paret fundum d. q. a. e. I. Q. A. Servilii esse, eo quod etc., was sich so sehr der Publicianischen Formel nähert. Im Allgemeinen regt nun aber Herr Puchta die innere Schwierigkeit an: daß nämlich durch solchen Zusatz eine wesentliche Veränderung des Eigenthumsproceßes vor sich gegangen wäre; denn in der That wäre nun nicht mehr Eigenthum, sondern nur eine Erwerbsart desselben sein Gegenstand gewesen. Hierin muß ich gestehn, finde ich zu viel Feinheit und zu wenig Wahrheit. Auch mit der von Keller angenommenen Präscriptio, oder mit der von mir vorgezogenen Adjectio gründe und richte ich die Klage auf Eigenthum; ich protestire nur zugleich, daß ich bei der Ausführung mich lediglich auf eine Erwerbsart beschränken wolle. Ich richte darum die Klage nicht blos auf das Factum dieser Erwerbsart, si paret, hominem mihi ab A. A. mancipatum esse, oder sonst; der Richter muß dessenungeachtet dabei noch andre Fragen, die dem Eigenthumsproceß wesentlich angehören, untersuchen, z. B. die Fähigkeit zum Eigenthum in Ansehung des Klägers und der Sache. Eigenthum mußte ja doch immer bewiesen werden. Und löst sich denn nicht in jedem Eigenthumsproceß die Frage nothwendig in die Frage der Eigenthumserlangung auf? Auf einem Grunde kann sie nur beruhen, gleichgiltig auf welchem. Was kann das der Natur der Eigenthumsklage schaden, daß ich eine Erwerbung vornehmlich für diesen Proceß in der Formel ausdrücke? Es wird dadurch nur die Möglichkeit einer Palindikia, ob ich Eigenthümer sey, erhalten; ich theile darum nicht das Eigenthum selbst nach seinen Erwerbsarten. Warum sollte es so widersinnig seyn, dem Richter die Frage vorzulegen, ob ich aus dem und dem Grunde Eigenthümer sey? Daß die Römer selbst ihren Richtern rein factische Fragen zur Entscheidung vorlegten, an welche sich nur vermöge einer Wette eine juristische Folge

knüpfte, bemerkten wir oben; und so wurde ja auch in der Publicianischen Formel immer nur gefragt, ob N. N. die Fiction des Eigenthums u. s. f. aus dem und dem factischen Grunde für sich habe? sie konnte also so oft wiederholt werden, als sich noch andre edictmäßige Prämißen vorfanden. Lag es denn nun so fern, auch bei einer wahren actio in rem wegen eines gefühlten Bedürfnißes eine Trennung der Formel nach den factischen Voraussetzungen zum Vortheil des Klägers und zu seiner Sicherung zu gestatten? Das Schweigen unsrer mangelhaften Nachrichten über eine derartige Bestimmung des Edicts macht gewiß keinen Gegenbeweis; es wäre selbst möglich, daß die Modification seit der Regulirung des edictum perpetuum rein der Jurisprudenz angehört habe; es ist endlich viel zu weit gegangen, wenn H. Puchta behauptet, daß man nach der gewöhnlichen Meinung eine Mehrheit der petitorischen Formeln behaupte. Denn so wenig als durch die Präscriptionen und die Möglichkeit ihrer Anbringung bey persönlichen Klagen diese der Zahl nach vermehrt wurden, so wenig würde es auch bei der petitorischen Formel wegen der Erlaubtheit einer Adjection der Fall gewesen seyn. Die Formel blieb ihrem Wesen nach unverändert, ebenso wie das Princip der Realklagen unangetastet, nur mit der Möglichkeit einer Modification für den Kläger, wenn er sie wollte. Denn daß jedesmahl die specielle Zustimmung des Prätors ex re et causa, außer der erforderlichen Genehmigung der Formelfaßung überhaupt nothwendig gewesen seyn würde, scheint mir wenigstens nicht einleuchtend.

Bei allen diesen Gründen, die sich für eine solche Modification der formulae in rem auffinden laßen, wird es daher wohl immer noch erlaubt seyn, die obigen Stellen von Ulpianus und Paulus, selbst schon für ihre Zeit, mit der gemeinen Meinung zu deuten. Seit Aufhebung der Formeln konnte die

Sache noch weniger Bedenken haben, seitdem Theodos und Valens verordnet: nulli prorsus non impetratae actionis opponatur exceptio, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit. Von nun an war, wie es auch jetzt ist und überall bei äußerer Freiheit der Rechtsverfolgung und Rechtsverwaltung, bei einer möglichen Erweiterung des Rechtsgebiets durch neue Verhältniße, nothwendig seyn muß, das Thatsächliche an die Spitze gestellt. Jus und iudicium ist Eins. Man streitet in jedem Proceß bald mehr bald weniger schon darüber, ob aus etwas bestimmtem Thatsächlichen eine rechtliche Klage entspringe. Es mußte daher um so mehr erlaubt und freigegeben seyn, entweder die einfache Thatsache des Eigenthumhabens zu articulieren, oder mit Ausdrückung der Thatsache der Erwerbung und des gewonnenen, nicht wieder aufgegebenen Eigenthums, daran die Eigenthums-Intention zu knüpfen, als die proposito negotio competentem actionem. Deutlich beweisen denn auch die Basiliken in ihrer Auffaßung der l. 14. §. 2. daß man die Stelle in jenen spätern Zeiten nicht anders verstanden hat, und man kann schließen, daß die damahlige Praxis nicht entgegen war. Es beweisen ferner die in der Schule der Gloßatoren herrschenden und ins canonische Recht übertragenen Ansichten, daß man die fr. Digestenstellen immer in ihrem natürlichsten Wortverstande aufgenommen hat, und wir haben Gründe zu glauben, daß auch den Juristen zu Bologna Ueberbleibsel und Traditionen alter Gerichtspraxis und Rechtscultur in Menge vorlagen. Nur den gelehrten Bischof von Auxerre, Pierre de bellé Perche († 1306), kann uns H. Puchta für seine Meinung anführen. Demselben wird jedoch nachgesagt, daß er sich durch Bekämpfung canonistischer Irrthümer oft allzuweit habe fortreißen laßen, und gerade bei unserer Frage standen ihm auch die Canonisten entgegen: (Innocentius IV. in c. 5. de sent. et r. j. in 6. c. 1250.)

Wenn nun endlich jene ältere gemeine Ansicht von den

Realklagen, die schon vor der s. g. claßischen Jurisprudenz zu rechtfertigen, das ganze unclaßische Zeitalter bis auf unsre Tage durchdrungen hat — ich kenne keinen Proceßualisten, der die Modification für unzuläßig erachtet hätte, obgleich man den eigenthümlichen Character der Realklagen recht wohl aufgefaßt hatte, daß sie nämlich sey eine actio uniformis, unius ejusdemque naturae, wie z. B. Vultejus sagt — so wird es auch wohl dabei noch ferner bewenden können. Auch jetzt wird noch auf das Eigenthum libellirt und darauf erkannt; man verwirft gemeinrechtlich keine Klage, die sich allein hierauf bezieht, obgleich es dem Vindicanten utiliter gestattet ist, schon im Voraus sich nur auf eine bestimmte Erwerbart zu beziehn; aber man würde sie verwerfen, wenn blos das Factum einer Erwerbung articulirt wäre, ohne entnehmen zu laßen, daß man sich vermöge deßen als Eigenthümer u. s. w. betrachte. Neu ist der Einfall Gönners (Handb. d. d. Proc. II, 34. §. 4. flgg.) aus den J. R. A. zu deduciren, die Realklagen müßten immer die causa remota ausdrücken, weil dieß Gesetz verlange, daß die Klageschrift »das Factum kurz und nervose, jedoch deutlich und distincte« ausdrücken solle. Daß hieraus noch nichts folge, erkannte zwar Vorst (Archiv f. civ. Pr. I, S. 176), er wurde aber auf der andern Seite durch die frühere rechtsgeschichtliche Unsicherheit, die erst seit 1820 mehr gelichtet worden ist, zu der Behauptung veranlaßt, daß schon bey den Römern immer die causa remota habe angegeben werden müßen. Freilich scheint auch Martin ein Anhänger dieser Meinung für die neuere Praxis zu seyn (Lehrb. des g. d. b. Pr. §. 134.), wie aber die von ihm angeführten, sonst sehr achtbaren Auctoritäten, Mevius, Wernher und Cocceji dieselbe als vollkommen begründet rechtfertigen sollen, ist mir ungeachtet der genauen Nachlesung der angeführten Stellen keineswegs klar geworden, besonders wenn man die große Maße der anders denkenden ältern und neuern nicht minder achtungswerthen Proceßualisten entgegenhält. Und selbst v. Gönner hat sich in seiner neuesten

Ausgabe der Grundsätze des ordent. Proceßes von Danz (1821) §. 68. Not. c. nur so auszudrücken gewagt: »seitdem die Libelle eine genaue Geschichtserzählung in sich faßen müßen, scheint auch bei dinglichen Klagen die Anführung des entfernten Klagegrundes nothwendig.« Daß die Praxis dieß wirklich schon allgemein oder auch nur irgendwo im gemeinen Recht bestimmt anerkennt, habe ich wenigstens noch nicht behauptet gefunden.

Ich scheide daher von dem Aufsatze des Hrn Prf. Puchta mit dem Dank für die darin enthaltene Erfrischung der reinen Idee der Realklagen, zugleich aber auch mit der Bestärkung meiner alten Ueberzeugung von der Zuläßigkeit einer Modification.

Vom wechselseitigen Testament; zugleich von dem auf eine fremde Erbschaft gelegten Fideicommiß.

(Fortsetzung des Aufs. über Erbvertrag 2c.)

Von

Hasse.

Viertes Kapitel.

Vom wechselseitigen Testament.

1. **Unter wechselseitigem Testament** (Testamentum reciprocum) sind wir gewohnt den Fall zu verstehen, wenn zwei oder mehr Personen sich in demselben Testament, sey es nun ein schriftliches oder mündliches, also uno actu, gegenseitig zu Erben einsetzen [1]). Damit können denn Vulgarsubstitutionen und Universalfideicommisse (directe und oblique Substitutionen) und Vermächtnisse aller Art in Eins verbunden oder auch nicht verbunden seyn. Diesen Begriff wollen wir hier festhalten.

2. Was nun zuvörderst die Geschichte dieser Gattung von Testamenten betrifft, so ist sie dunkel und gewährt wenig Aufschlüsse über die Natur derselben und das was dabey Rechtens ist. Wir wissen nicht, ob man den Ursprung derselben, so wie sie bey uns noch in frischem Gebrauch sind, aus einer Theodosisch-Valentinianischen Constitution [2]) ableiten

1) Wer alle möglichen Arten, wie ein Testament mit Rücksicht auf ein andres gemacht werden kann, in genauester und kleinlichster Sonderung sich will vorüber führen lassen, der lese *H. L. C. Boettger* Diss. inaug. de natura testamenti correspectivi. Marb. 1793.

2) I. C. A. T. II. pag. 1320.

darf. Im alten Römischen Recht haben einem solchem Testament gewiß formelle Gründe entgegengestanden, worauf jene Constitution selbst nicht unvernehmlich hindeutet. Wie sollte man wohl ursprünglich in den Comitien und nachher bey der symbolischen Mancipation so hin und her und überkreuz haben testiren können? Der bey uns so häufige Fall, da zwey Eheleute so testiren, konnte in dem ursprünglichen Testament schon darum nicht vorkommen, weil weder in comitiis noch in procinctu Weiber erschienen; so daß man wohl, wie schon in diesem Heft des Museums S. 198 erwähnt worden, vermuthen darf, daß Weiber im ältesten Recht weder testiren, noch zu Erben eingesetzt, noch als Zeugen (was sich immer erhielt) bey dem Testamente eines Dritten zugezogen werden konnten. Allein dieß entscheidet nichts, da dieß ja keinesweges der einzige Fall ist, z. B. unter Brüdern kann ja eben so gut ein wechselseitiges Testament errichtet werden. Ein solches kommt vor in Diocletians L. 19. C. de pactis, von welcher Constitution schon oben II. 2. S. 164 die Rede war. Freilich war die Sache äußerlich wie ein Erbvertrag behandelt, aber als wechselseitiges Testament ward es aufrecht erhalten; das konnte es auch, aber nur weil bey letzten Willen der Soldaten auf Form gar nichts ankam. Eben deshalb aber, da dieß auf Testamente der Ehegatten zu beschränken, ganz ohne Grund ist, darf die ganze Sache nicht, wie Einige thun [3]), in zu nahe Verbindung mit der Lex Voconia oder Lex Papia gebracht werden. Zwischen dem ursprünglichen Recht, dessen wir eben erwähnten, und der Lex Voconia muß ja eine Zeit gewesen seyn, wo die Weiber zu Erben konnten im Testament ernannt werden [4]); daß die Weiber früh schon unter gewissen Bedingungen selbst testiren konnten, wissen wir auch;

3) *Stryk* disput. 26. pr., wo überhaupt viel Unrichtiges vorkommt.

4) S. in diesem Heft S. 198.

und konnte es denn da wechselseitige Testamente unter Eheleuten geben? Zu der Zeit, wo die Lex Voconia vollaus galt, und durch nichts abgeändert oder chicanirt war, konnte denn da, wenn der Mann nur nicht so reich war, als das Verbot erforderte, die wechselseitige Einsetzung [5] gültig geschehen; konnte sie unter Männern immer geschehen? Wie wenn nachher ein Nichtcensirter testirt hatte, oder wie wenn die Frau das Ius liberorum hatte, und also gegen die Lex caducaria, welche größtentheils die Lex Voconia absorbirt hatte, privilegirt war? Galt denn von da an das reciproke Testament unbedingt auch unter Ehegatten, wie das ius liberorum sich von selbst verstand, zumal unter Ehegatten, oder doch nur zum Ueberfluß noch nachgesucht wurde [6]; ward es denn zu Justinians Zeit, wo von jenen alten Gesetzen entschieden nichts mehr übrig blieb, unbedenklich und in allen Fällen aufrecht erhalten? Auf alle diese Fragen müßten diejenigen bejahend antworten, die nur in diesen Gesetzen ein Hinderniß der Gültigkeit sähen. Damit verträgt sich aber schon nicht was in der Theodosisch-Valentinianischen Constitution über die Hindernisse, die nach altem Recht dem reciproken Testament entgegengestanden hatten, berichtet wird. Gleich im Anfange wird dieß in Verbindung gebracht mit einer Verordnung von Honorius [7] wornach auf bloße Rechtsformel und Solennität der Worte nichts ankommen, und (daher auch) die gegenseitige Institution der Ehegatten, wenn sie deshalb beim Kaiser eingekommen waren, gültig seyn sollte. In §. 3.

5) Etwas Aehnliches, wenn überhaupt solche Verschränkung der Testamente möglich war, mußte auf jeden Fall geschehen können, seitdem es Universal-Fideicommisse gab, denn diese ließ man gegen die Lex Voconia zu. Gaius II. 274. Vergl. S. 206. Not. 36. dieses Hefts.

6) Vergl. L. 1—3. C. Theod. de iure liberor. L. 2. C. I. de infirmand poen. coelibat. L. 1. C. I. de iure lib. mit der oben im Text angeführten Theodos. Valent. Constitution §. 3. init. Constantin dachte hierüber noch ganz anders, und wollte noch von Testamenten unter Ehegatten gegen die legum prisca auctoritas am wenigsten etwas wissen. L. un. C. Theod. de infirmand. poen. coelibat.

7) Doch wohl L. 19 C. I. de testament.

wird die Verbindung mit durch das Constitutionenrecht aufgehobenen alten Förmlichkeiten (cunctis iam liceat, *quoquo modo*, et quibuscunque verbis ultimum dictare iudicium«) noch mehr herausgestellt, und die volle Wirksamkeit eines solchen Testaments daraus gefolgert. So mogte auf alle Weise die Form des römischen Testaments einer solchen wechselseitigen Einsetzung in einer Verfügung widerstanden haben. Rücksichtlich der Materie scheint auch noch nach derselben Novelle ein Skrupel darüber obgewaltet zu haben, ob eine solche Einsetzung auch captatorisch sey, den dieselbe aus sachlichen Gründen aber verwirft, und der sich auch wohl schon aus L. 70. D. de heredib. instituend. widerlegen ließe [8]). So bleibt also die Form als das einzige Hinderniß, von der Incapácität und Caducität hinweggesehn, übrig. Die Novelle nimmt nun aber in §. 4. allerdings die Sache so, daß dieses Hinderniß nicht etwa bloß beym publicum testamentum, sondern auch beym privatum verworfen wird; aber wie kommt es denn, daß Justinian diese Constitution in seinem Codex gar nicht aufnahm? Daß im Justinianischen Recht, außer jenem Fall eines militärisch-privilegirten Testaments, sich nichts von wechselseitigen Testamenten, weder unter Ehegatten noch sonst findet, kann unmöglich an sich beweisen, daß zu Justinians Zeit dasselbe als ungültig angesehen wurde: das kann ja ganz zufällig seyn, oder es kam vielleicht nicht oft vor. Es fragt sich immer, findet sich etwas im Justinianischen Recht, was dieser Gültigkeit entgegensteht? Ich glaube nun allerdings, daß sich noch immer das alte Hinderniß findet, nämlich daß die allgemeine Form der Testamente es nicht leidet. Die Comitien- und Mancipationsform in ihrer ganzen Eigenthümlichkeit ist freilich nicht mehr im Wege, aber doch die Einfachheit der ganzen Handlung (unitas actus), was man auch schon längstens

8) Für das Justinianische Recht ist auch entscheidend L. 19. C. de pactis cit., denn in diesem Punkt konnte kein Miles privilegirt seyn.

urgirt hat. Es läßt sich zwar dagegen einwenden, der Akt der Testamentserrichtung sey doch aus mehreren Handlungen zusammengesetzt, und die Einfachheit sey nur so zu verstehen, daß diese sich alle auf das Testament beziehen müsten; allein man braucht nur hinzuzufügen: auf das eine Testament, was grade zu errichten ist, und die Form steht wieder dem wechselseitigen Testament entgegen. Und wer könnte wohl im Ernste glauben, daß die Einfachheit des Testaments, wie sie in den Gedanken der Römer leben muste — sie haben ja so manches Andre und selbst die Zeugenzahl 9), und ihre Fähigkeit von der alten Mancipation behalten — daß diese Unitas actus, sage ich, mit der Verschlingung mehrerer Testamente zu Einem Geschäft sich wohl vertrug? Freilich nun die Novelle nimmt diese Verträglichkeit an, sie nimmt aber auch an, daß außer dem Erforderniß von sieben oder fünf Zeugen

»minutiis priscae consuetudinis et obscuritate submota solam defunctorum convenit inspici voluntatem«;

aber dahin ist es denn doch ernsthaft im Justinianischen Recht noch lange nicht gekommen, und so muß denn wohl nicht allein das Schweigen desselben über reciproke Testamente, sondern auch insbesondre das Ausschließen dieser ganzen Novelle, in der sonst nichts Anstößiges war, was man nicht leicht hätte streichen können, vom neuen Codex, das was die Natur der Sache schon lehrt, hinreichend bestätigen.

3. Wie dem aber auch nun seyn mag, die wechselseitigen Testamente sind allenthalben im neuern Recht zum Vorschein gekommen, und haben sich im Gebrauch geltend gemacht. Daß man sich auch bey den spätern Römern nicht recht über die übrigens sehr natürliche Formalität hinwegsetzen, und die Theodos. Valentinianische Novelle nicht durchbringen konnte, mogte allerdings auch darin liegen, daß wohl einmal

9) Sicher waren ja die sieben Zeugen des prätorischen und des neuern Civiltestaments nichts Andres, als der familiae emptor, der libripens und die fünf Zeugen der Mancipation.



im einzelnen Fall sich das sehr artig und liebreich ausnehmen, und einen Kaiser anreizen konnte, das Testament durch ein Edict zu stempeln; aber doch niemals im allgemeinen ein rechtes Bedürfniß dazu entstehen wollte. Auch in unsrer Zeit finden wir solche reciproke Testamente fast nur allein unter Ehegatten, und selbst in der spätern Zeit konnte bei ihren Dotalverhältnissen keine Tendenz zu einem gegenseitigen Erbrecht der Ehegatten entstehen. Dagegen war diese grade in der germanischen Rechtssitte bekanntlich von jeher begründet, und muste sich um so mehr herausstellen, nachdem römisches und teutsches Recht mit einander in Berührung und auf gewisse Weise in Conflict gekommen waren. Daher denn auch schon solche wechselseitige Verfügungen, wodurch Ehegatten sich bedenken, in den Formelbüchern sich finden, deren Charakter, ob Testament, ob Erbvertrag, oder was sonst? sich nur nicht genau erkennen läßt, wie schon in dieser Zeitschrift II. 2. S. 183 ausführlicher bemerkt worden ist. Aber auf wahrem praktischem Bedürfniß der neuern Zeit beruhte das sicher, und beruht es denn auch noch gegenwärtig und sichert dem Institut die Gültigkeit, wo ihm nicht eine neuere Legislation in den Weg getreten ist [10]).

4. Dabey darf denn aber nicht vergessen werden, daß sobald in unserm Recht **wechselseitige** Erbeinsetzungen

10) Indem wir uns hier aller weitern historischen Entwicklungen enthalten, ist das keinesweges so gemeint, als ließe sich nicht noch Vieles über den Gang, den diese Sache so wie das Geschick des Erbvertrags überhaupt im Mittelalter und so weiter fort genommen hat, und über die Art und Weise, wie sich dieß der damaligen originellen oder schon durch Römisches versetzten Behandlung des Rechts überhaupt anschloß, nachweisen und aufhellen, oder als lohnte es sich nicht der Mühe, damit stets wieder erneute Versuche anzustellen; allein für den sich immer gleich gebliebenen Charakter und die Anwendung in unserm Rechtsgebrauch kann dieß keine Aenderung machen, und so muste es dieser Abhandlung ihrem ursprünglichen Plane nach fremd bleiben. Das Resultat wird auch immer das hier im Text ausgesprochene bleiben, und daß wir für gegenwärtige Theorie und Praxis die Sache so wie sie nun einmal liegt und sich verhält, aufnehmen und verarbeiten müssen, grade so wie die römischen Juristen es mit ihrem Recht für ihre Zeit auch machten.

nicht nur allein durch Erbverträge (Institution par un contrat ordinaire), sondern auch durch Testamente bewirkt werden konnten, nun das Institut, wenn man es auch als ein neueres nicht in dem römischen Recht selbst schon begründetes ansehn will, doch schon zur Hälfte einen römischen Character annahm, und von dem Hinderniß der Form abgesehn im übrigen sich nach dem römischen Testamentsrecht allein richten muste, ganz im Sinne der Theod. Valentinianischen Novelle; wogegen es zur andern Hälfte, als Beerbungsvertrag nämlich, dem Teutschen Recht angehörte. Es ist sehr wohl möglich, daß das allmählige Aufkommen der römischen Testamente unter germanischen Volksstämmen auch den wechselseitigen Beerbungsverträgen, wie den Erbverträgen überhaupt [11]), erst freiere Bahn gemacht hat, und daß so die ersten reciproken Erbernennungen in bloßer Schrift alle oder größten Theils noch nicht vertragsmäßig als von nun an bindend, sondern als letzte (nicht gegenwärtige, nur dermalen mit einander zusammenstimmende) Willen, also durchaus widerruflich eingegangen wurden, da sich denn aber doch begreiflicher Weise von selbst verstand, daß sie durch einander bedingt, also das waren, was die Neuern correspectiv zu nennen pflegen: der Widerruf von der einen Seite zieht den Widerruf von der andern Seite von selbst nach sich. Wie dann aber überhaupt simple Erbverträge und Testamente neben einander in Wirksamkeit traten, so musten sich nun auch die wechselseitigen Erbernennungen, so wie oben erwähnt worden, verzweigen, und es wurden hier im geltenden Recht theils römische theils germanische Elemente vermengt.

5. Da wäre es denn nun aber Sache der Theorie gewesen, dieß alles zu sondern und es wieder, wo es sich gehörte zu verbinden, und es so zu einem Ganzen zu gestalten und anzuordnen. Trügen mich nun aber nicht alle Zeichen,

11) Rhein. Mus. a. a. O. S. 191.

so hat man zwar lange und vielfältig zu diesem Zweck gearbeitet und sich abgemüht, weil man aber bald nicht des römischen, bald nicht des germanischen Stoffs, bald beider — und das mogte sich am häufigsten zutragen — nicht ganz mächtig war, so blieb die Aufgabe noch ungelöst, und ein ewiger Streit und Widerstreit über solche Verfügungen ist, ungeachtet die Praxis Gelegenheit genug darbot, sich hinlänglich zu belehren, von dieser Unfähigkeit inzwischen die Folge, und die Praxis selbst unzerstöhrbaren Vorurtheilen und Misgriffen hingegeben gewesen. Schon die ganz disparaten Meinungen unter den Juristen der neuern Zeit, nicht bloß Teutschen sondern auch Franzosen und Niederländern, über diese Sache scheinen das zu beurkunden. Der würde sich fürwahr sonderbar irren, der hier eine Communis Doctorum opinio von einigem Bestand gefunden zu haben vermeinte. Nirgends ist die Musterkarte bunter als in dieser Materie. Wollte ich alle verschiedenen Meinungen nur über die Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit solcher Verfügungen mit Citaten belegen, so würde ich mit Noten diesen Aufsatz so anschwellen, daß es nicht zum Vortheile der Zeitschrift und ihrer Leser gereichen könnte [12]). Da nun die Titel der Haupt- und Nebenwerke darüber allenthalben sonst zu finden sind, so will ich nur aus einer Total-Anschauung, die mir eine nicht kleine und nicht kurzweilige Lectüre gewährt hat, kurz berichten; wer es dann anders gefunden hat, mag es nachweisen.

Es fehlt nicht an solchen, die jede solche reciproke Verfügung, mag sie nun Testament genannt seyn oder nicht, als einen Erbvertrag angesehen wissen wollen, und daher jeden einseitigen Widerruf verwerfen, wo denn natürlich die hervorragende teutsche Treue, welche Tacitus nach Wolpmann [13]) mit zähneknirschendem Verdruß anerkannte, wieder ihre Rolle spielt; aber es fehlt auch nicht im graden Gegentheil an sol-

12) Dadurch soll nirgends das Geschenk einer reichen und auserlesenen Litteratur, wo der Stoff andrer Art, herabgesetzt werden.
13) Rh. M. a. a. O. Not. 16.

chen, die da meinen, eine wechselseitige Verfügung über die Erbschaft der beiden sey niemals ein gültiger Vertrag, sie sey immer nach römischen Recht zu beurtheilen, und dürfe daher nie unwiderruflich seyn, denn niemand könne sich die Hände binden, seinen letzten Willen zu verändern, auch nicht ausdrücklich. Diejenigen welche für Vertrag und Unwiderruflichkeit sind, stimmen doch wieder nicht zusammen, wenn die Frage ist, wann diese Unwiderruflichkeit ihren Anfang nehme. Am resolutesten sind diejenigen, welche gleich die vorgängige Verabredung unter den Testatoren, man wolle so und so mit verschlungenen Händen verfügen, für das unwiderruflich Bindende halten. Andre aber schon billiger, lassen doch erst durch die Errichtung des Testaments die Obligatio reciproca, denn so denken sie das gemeiniglich, eintreten, noch Andre nehmen diese gar nicht an, lassen aber den Ueberlebenden durch die Antretung der Erbschaft des Vorverstorbenen aus dem Testament erstan, aber nun auch schlechterdings gebunden werden. So gibt es hier noch eine Menge von Mittelmeinungen. Nicht wenige stellen die Sache darauf, ob die Beiden ganz ausdrücklich sagten, daß sie beide, ein jeder von ihnen, über ihrer beider Gut und ihrer beider Nachlaß disponirten, wogegen denn nur Andre meinen, das verstehe sich in dubio von selbst; Jene aber wieder nicht recht klar darüber zu seyn pflegen, was zu einer solchen ausdrücklichen Erklärung gehöre. Dann sind sie aber auch wieder über den Sinn und die Rechtfertigung eines solchen Testaments über die zusammengeschlagene Masse nicht einverstanden, indem Einige dieß aus dem Recht jedes Testators, auf die Erbschaft des Erben oder eines Dritten ein Fideicommiß zu legen, ableiten, Andre es für eine schon nach Römischem Recht gültige m. c. donatio erklären, noch Andre darin eine neugeborne Gütergemeinschaft sehen, die hier durch Uebereinkunft der Ehegatten zuerst erzeugt werde, und sich dann in dem mit gesammter Hand errichteten Testament darstelle.

Wiederum wird unterschieden zwischen einem Testament, worin sich die Beiden lediglich gegen einander einsetzten, oder einem solchen, worin sie auch noch dritte Personen, etwa nach dem Tode des Letztlebenden instituirten, (was sie Substitutionen nennen), Legate auflegten u. dgl. Im ersten Fall meinen Manche sey absolut kein Erbvertrag, sondern reines von beiden Seiten frey widerrufliches Testament; im letztern sey eben so absolut und gleich vom Anfang Beide bindendes Geschäft, wogegen denn nur Andre hier den Erbvertrag präsumiren, und noch Andre die bindende Kraft erst mit der Aditio für den Lebenden eintreten lassen; was denn natürlich auch hinsichtlich der Wirkungen auf sehr unterschiedliche Resultate führen muß u. s. w. Sehr häufig wird hier auch aus dem römischen Recht raisonnirt und deraisonnirt, was nicht ausbleiben kann, sobald man die bindende Kraft nicht ganz allein aus dem Erbvertrage, und der unvergleichlichen Treue der Teutschen ableitet, kurz sobald man ein eigentliches, nur zusammengesetztes Testament als möglich annimmt, und da geräth man denn nur aus Unkenntniß des röm. Rechts auf falsche Fährten. Durch dieses ganze Gewühl und Gewimmel sehr willkürlich geschaffener Meinungem wird sich Niemand durchzuarbeiten vermögen, der nicht vorher schon wußte, worauf es eigentlich bey einem Erbvertrage ankomme, und wie sich dieser seinem Wesen nach zum Testament und überhaupt zu letzten Willen im heutigen Recht verhalte. Wer aus dem Glückstopf seine Meinung herausgreifen, oder etwa die ihm hörbar gewordenen Stimmen sammeln, und sich so eine Pluralitätsmeinung wählen wollte; der würde denn freilich Etwas haben, woran er sich halten könnte; aber er würde in Gefahr seyn, jeden Augenblick eine versteifte Theorie an die Stelle der Absicht zu stellen, welche die verbundenen Testatoren selbst gehabt hatten, und die sich sonst durch gesunde Ueberlegung und eine natürliche Interpretation der vorgelegten Verfügung verglichen mit den dabey obwaltenden Um-

ständen, leicht hätte herausfinden, und eben so leicht auch juristisch hätte rechtfertigen lassen.

6. Um nun in diesen Nothstand nicht zu gerathen, haben wir ausführliche Erörterungen über die Natur der unterschiedlichen Erbverträge, wie auch der Schenkungen Todes halber dieser Abhandlung über das wechselseitige Testament vorangehen lassen, deren Aufgabe es denn nun ist, das Verhältniß des letzteren zu jenen und zu den römischen Testamenten überhaupt so klar und deutlich als es seyn kann darzustellen. Ein solcher Versuch hat schon Werth durch den Zweck, die so sonderbar aus ursprünglich Einheimischem und Entlehntem gemischten Bestandtheile zu einem organischen Ganzen zu gestalten. Wer für eine natürliche und doch kunstgerechte Behandlung des in unserm Leben vorhandenen Rechtsstoffs und für Wahrheit überhaupt Sinn und Gefühl hat, der wird ihn mit Wohlwollen aufnehmen, und was daran noch mangelhaft befunden wird mit Nachsicht aus seinen eignen Mitteln ergänzen. An eine eigentliche Vollendung ist überhaupt, wo so Vieles widerstrebt, kaum zu denken.

7. Die lebendige Anschauung, welche mir von dieser Sache zu Theil geworden ist, habe ich einem interessanten Fall, der unserm Collegium ungefähr vor einem Jahre zur Entscheidung vorgelegt worden, und den sorgfältigen und lebhaften Discussionen, die darüber unter uns Statt fanden und in welchen durch die Einwürfe meiner hochgeschätzten Collegen so ziemlich alle erheblichen Gesichtspunkte zur Sprache kamen, vorzüglich zu verdanken. Die Einwendungen, welche gegen meine Ansichten erhoben und gründlich durchgeführt wurden, gaben mir erst ein reicheres Detail an die Hand und regten mich auf zu eignen genaueren Untersuchungen. Es gelang mir dadurch auch anfänglich andersdenkende für meine Ueberzeugung zu gewinnen, und eine überwiegende Mehrheit auf meine Seite zu ziehn. Wir denken aber sämmtlich zu bescheiden, um dieß für eine Auctorität zu geben, und werden

lieber die Sache für sich reden lassen. Um indeß den geneigten Leser an jener Anschaulichkeit, die eine durchgeführte Discussion gewährt, so weit es anständig und zweckmäßig ist, Theil nehmen zu lassen, werde ich ungefähr den Gang derselben verfolgen, und eine möglichst kurz gefaßte Species facti, bey dem das, was etwa in dem einzelnen Fall noch zu berücksichtigen war, aber nicht allgemein interessant ist, weggelassen worden, mit meiner Darstellung und meinem Antrage, den ich als Referent machte, voranschicken, und die Würdigung der hier möglichen Einwendungen nachfolgen lassen. Meine ursprüngliche Arbeit faßt alles kurz zusammen und kann eine vorläufige die Untersuchung erleichternde Uebersicht gewähren. Sie ist nachher von der Majorität nach langen Debatten gut geheißen worden. Was Erhebliches vor Absendung des Urtheils hinzugekommen ist, werde ich mit Asterisken bezeichnen, was aber über unerhebliche in den Streitschriften vorgekommene Punkte gesagt worden, weglassen; die Noten sind ohnehin neu.

8. Ein paar notorisch gleich wohlhabende Eheleute von mittlern Jahren machen zusammen ein Testament vor dem Amtsrichter, der dasselbe auf mündliche Vernehmung zu Protokoll bringen läßt.

In der darüber aufgesetzten Schrift wird dieß so eingeleitet, die beiden Eheleute hätten erklärt,

> »daß sie gesonnen wären, darüber wie es nach ihrem dereinstigen Ableben mit ihrem Vermögen gehalten werden solle, zu disponiren, und daß sie bäten, ihre letzte Willensordnung, damit solche als ein gerichtliches Testament den Amtsacten einverleibt werden möge, ad protocollum zu nehmen.«

Sodann werden die beiden Erbeinsetzungen gesondert:

1) »Der Testator«, wie er genannt wird, erklärt:
»er setze seine liebe Ehefrau —, falls diese ihn über»leben werde, zur Universalerbin seines ganzen Ver»mögens ohne Ausnahme ein.«

2) »Die Testatricin« erklärt dagegen:

»sie setze ihren lieben Ehmann—, falls dieser sie über»
»leben werde, zum Universalerben ihres ganzen Ver»
»mögens, ohne irgend etwas davon auszunehmen,
»ein.«

9. Nun folgt unmittelbar eine Verfügung zu Gunsten der beiderseitigen Verwandten. Es waren dieß zwey Brüder des Testators und die Kinder einer vorverstorbenen Schwester desselben, welche letzteren in stirpem succediren sollten, dann ein Bruder und eine Schwester der Testatricin. Also standen drey Geschwister auf Seiten des Mannes, zwey auf Seiten der Frau. Die fünf Geschwister werden in dieser Disposition in fünf Nummern nach einander aufgeführt, ohne daß die zwey Klassen: seiner Seits — ihrerseits Verwandte, besonders numerirt sind; indeß wird die Ordnung beobachtet, daß die beiden Geschwister der Frau zuletzt zusammengestellt werden. Mit den obigen Erbeinsetzungen wird dieß durch die Worte verknüpft:

»Demnächst substituiren beide testatorische Eheleute
»nachbenannte ihre beiderseitigen Anverwandten, als:«

Folgen nun die Namen in der bemerkten Ordnung;

und dann heißt es:

»und sollen dieselben nach unserm beiderseitigen
»Ableben unser ganzes zurückgelassenes
»Vermögen zu fünf gleichen Theilen, jedoch mit der
»Ausnahme erhalten, daß dieselben nachfolgende Le»
»gaten zu berücksichtigen haben, und zwar 2c.«

Hierauf folgen sieben beträchtliche Legate, und es heißt am Ende davon:

»welche sieben Legaten jedoch aus unserer derein»
»stigen Verlassenschaft, ohne irgend einen Abzug
»von Abgaben u. dgl. ausbezahlt werden müssen.«

Unter den Legaten sind fünfe an Pathen vermacht, die

beiden letzten ad pias causas, und hinsichtlich jener heißt es nun gleich nach den eben ausgezogenen Worten:

»Wenn jedoch eins oder das andere von vorerwähnten »fünf Kindern vor uns in jenes bessere Leben versetzt »würde, so soll das dem mit Tod abgegangenen zu»gedacht gewesene Legat wieder in Masse zurückfallen »und in fünf Theile vertheilt werden.«

Von den Legaten war eines an eine weibliche Pathin vermacht, so daß die hier sogenannten Substituten es ihr bey ihrer künftigen Verheirathung auszahlen sollten, mit der näheren Bestimmung:

»Sollte dieselbe sich schon bey unsern Lebzeiten verheu»rathen, so berichtigen wir derselben diese Summe »gleich baar, und fiele alsdann in diesem Fall dieser »Posten nach unserm Ableben hinweg.«

10. Am Schluß heißt es, »beide testatorische Eheleute« hätten nach geschehener Vorlesung erklärt, daß das »ihr vollkommener letzter Wille« sey, und sich eigenhändig unterschrieben, welche Unterschriften sich auch unter der Urkunde befinden. Nur noch unter der Rubrik: »Resolutum« wird mit der amtlichen Unterschrift hinzugefügt:

»Soll dieses Testament als ein testamentum iudiciale »den Amts-Acten einverleibt, und den testatori»schen Eheleuten ein Depositionsschein darüber ertheilt »werden.«

11. Der Mann starb kurz darauf, und die Witwe, welche sich dann während des Streits wieder verheirathet hat, gerieth mit zween von den in jener Substitution begriffenen Verwandten des Mannes über Inventur und Caution in Proceß. Gegen die Gültigkeit des Testaments hatte niemand etwas einzuwenden, die Universal-Erbin trat auch die Erbschaft daraus an, und setzte sich in Besitz; die Substituten verlangten aber, daß jene über das ganze beiderseitige Vermögen, sowohl ihr ursprüngliches als das des Mannes, wie

dieses Ganze zur Zeit des Todes des Mannes vorhanden gewesen, ein Inventarium in ihrem Beyseyn errichten, und ihnen sufficiente Bürgschaft leisten sollte, daß das so eben bezeichnete Ganze, „in dem Zustand, Betrag und Werth, wie es bey dem Absterben ihres Mannes sich befand", an sie pro rata überliefert werde. Dagegen die Witwe zeigte sich bereit ein Inventarium zu errichten, wie sie dieses ohnehin zum Behuf einer Collateralsteuer zu errichten hatte, und that das auch, und zwar gerichtlich, aber ohne Beyseyn der Substituten, und weigerte sich auch es in ihrer Gegenwart zu wiederholen, und die geforderte Caution zu leisten.

12. Nun traten jene Verwandten des Mannes als Kläger gegen sie auf, und der Rechtsstreit ward durch drey Instanzen hindurch geführt. Wir wollen hier die erheblichern Behauptungen der Parteien, so wie sie im Laufe des Processes zum Vorschein gekommen, gleich zusammenstellen.

Die Kläger behaupteten:

1) daß sie fideicommissarisch substituirt seyen, und zwar auf das ganze Vermögen der beiden Eheleute, wie es zur Zeit, da der Mann gestorben, vorhanden gewesen sey. Dieß sage das Testament ganz deutlich.

2) Diese fideicommissarische Substitution beruhe auf einem Erbvertrage, der offenbar in dem Testament enthalten sey. Es sey unverkennbar, daß eine Uebereinkunft zwischen den beiden Eheleuten getroffen worden, daß sie ihr ganzes beiderseitiges Vermögen vereinigen wollten, und daß dieses ganz und ungeschmälert auf ihre beiderseitigen Verwandten gebracht werden solle. Dieß sey mit dürren Worten im Testament gesagt, dieß erhelle auch insbesondere daraus, daß auf diese vereinigte Masse bedeutende Legate gelegt wären, welche nach dem Tode des Letztlebenden die Substituten ausbezahlen sollten.

3) Hiernach sey es denn auch offenbar, daß die Beklagte, obwohl Universalerbin ihres Mannes doch nicht zu einer

freien Disposition über das vereinigte Vermögen befugt sey, dasselbe sey als Ganzes ihrem Eigenthum entzogen, und nur ihrem Nießbrauch auf Lebenszeit unterworfen. Sie habe sich durch den Erbvertrag selbst die Hände gebunden, auch in Hinsicht ihres ursprünglich eignen Vermögens, sie habe das Testament als vollkommen gültig nach dem Tode ihres Mannes anerkannt, habe die Erbschaft daraus angetreten, und sich daher zur Erfüllung aller Verfügungen desselben verbindlich gemacht.

4) Es sey also auch klar, daß sie nicht bloß vermöge der noch besonders übernommenen Verpflichtung dazu, sondern auch schon vermöge jener frühern testamentarischen Verbindlichkeit und als Fiduciar-Erbin schuldig sey, ein vollständiges gerichtliches Inventarium von dem ganzen vereinigten Vermögen aufzunehmen, und die Kläger als Interessenten und Fideicommissar-Erben dabey zuzuziehen. Endlich

5) könne es nach L. 1. §. 1. D. ut in possess. legator. und L. 1. §. 4. C. eod. und nach dem ganzen Rechtsverhältniß keinen Zweifel leiden, daß die Beklagte als Fiduciar-Erbin ihnen als Fideicommissar-Erben fidejussorische Caution leisten müsse, daß ihnen künftighin nach ihrem Ableben das ganze vereinigte Vermögen, so wie es bey dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten, ihres Verwandten, vorhanden gewesen, unvermindert werde überliefert und ausgehändigt werden.

Die Beklagtin führte dagegen an:

1) Es sey weder ihres verstorbenen Mannes noch ihr Gedanke jemals gewesen, daß sie sich wechselseitig hinsichtlich der Disposition über ihr Vermögen die Hände binden wollten. Komme in ihrem gemeinsamen Testament etwas von Substitution vor, so sey das ein Wort, was ihnen gänzlich unbekannt, und von ihnen nicht ausgesprochen sey, sie hätten also auch gar keinen, am wenigsten den Begrif damit verbinden können, daß sie die freie Disposition über ihr

ursprünglich eignes oder das von dem Vorversterbenden nachgelassene Vermögen verlieren sollten.

2) Ihr beiderseitiges Vermögen sollte allerdings nach der Absicht des Testaments vereinigt werden, aber in dem Sinne, daß der Nachlebende von ihnen beiden als Universalerbe das Vermögen des Vorverstorbenen zu dem seinigen hinzubekommen, und beides nun fortan als sein freies Eigenthum in seiner Person vereinigen solle. Dieß wäre klar in den beiden Erbeinsetzungen ausgesprochen. Diese wären in dem Testament ganz unabhängig von den übrigen Verfügungen, die auf das Wort: »Demnächst« folgten, namentlich der Substitution und den Legaten.

3) Die Substitution könnte nur eintreten, wenn sie, die Beklagte, ohne Leibeserben verstürbe.

4) Substitution und Legate hätten nur das von dem vereinigten Vermögen zum Gegenstand, was der Letztlebende, unabhängig von dem Bestand des Vermögens zur Zeit des Todes des Vorverstorbenen, noch bey seinem Ableben übrig habe und nachlassen werde. Dieß zeigten schon die Worte an.

5) In einem wechselseitigen Testament, wie das vorliegende, sey es natürlich doch immer der Hauptgedanke, dem überlebenden Ehegatten durch seine Einsetzung eine Gunst zu erzeigen. Sollte sie nun aber hinsichtlich des Nachlasses ihres Mannes nicht bloß, sondern auch ihres eignen Vermögens der freien Verfügung und Veräußerung beraubt seyn, so wäre das Testament nicht nur nicht in favorem suum sondern in odium suum gemacht; denn nach dem dort gültigen Landrecht [14]), stehe jedem Ehegatten ein allgemeines Nießbrauchsrecht an dem Nachlaß des andern ipso iure zu.

6) Von einem Erbvertrage sey keine Spur in dem Testament, weder daß es überhaupt ein solches gewesen, noch daß die so genannte Substitution auf einem solchen be-

14) Dieß hatte seine Richtigkeit.

ruht habe; vielmehr wären alle Ausdrücke und der ganze Zusammenhang des Testaments dagegen.

7) Das Testament spreche auch kein Wort von einem Fideicommiß, und wenn hier eine Substitution seyn solle, so sey es doch keineswegs eine fideicommissarische, sondern eine vulgäre Substitution.

Endlich,

8) Folge aus allem dem von selbst, daß sie weder zur Errichtung eines Inventars dem Interesse der Kläger zu Gefallen, noch, und dieß am wenigsten, zu einer Caution verpflichtet sey. Nach der Voraussetzung der Kläger würde sie außer Stand seyn, diese zu leisten, denn wer würde sich für eine Frau verbürgen, die gar kein disponibles Vermögen hätte? Darnach hätte ihr also das Testament und ihres Mannes Neigung eine unerschwingliche Last aufgelegt.

13. Das Urtheil der ersten Instanz ging nun dahin,

1) die Beklagte sollte ein Inventar in Beyseyn der Kläger errichten, da sie einmal dazu erbötig gewesen [15].

2) eine Caution zu bestellen, sey sie überall nicht schuldig.

Der Richter war derselbe Beamte, welcher die Protocollirung und gerichtliche Aufnahme des Testaments besorgt hatte und daher als der Verfasser desselben anzusehen ist. Er ging bey seiner Entscheidung davon aus, daß es, wie er bezeugt, die Absicht beider Eheleute gewesen sey, der Ueberlebende sollte ganz freie Disposition auch über den Nachlaß des Vorversterbenden erhalten, und daß keiner von ihnen gewollt habe, der Ueberlebende solle durch die Substitutionen dabey irgend gehindert oder beschränkt seyn. Um nun dieses auch in dem, nach dieser ihm kund gewordenen Vo-

15) In Beyseyn der Kläger ein solches zu errichten, dazu hatte sie sich gar nicht erboten; doch dieser Punkt ist für unsern Zweck ganz gleichgültig.

luntas testatorum, von ihm verfertigten Testament nachzuweisen, behauptete er, freilich sehr unjuristisch, die Substitutionen wären bloße Vulgar-Substitution. Von beiden Seiten ward dagegen appellirt.

In der zweiten Instanz dagegen ward dieß Urtheil gänzlich reformirt, und indem das Gericht davon ausging, daß hier ein gleichbindender Erbvertrag errichtet worden, ward auf fidejussorische Caution, wie sie von den Klägern verlangt worden, und auf gerichtliche Inventur der ganzen Masse, in gleichen Sinne und in Beyseyn der Kläger erkannt, und sogar die Kosten, welche in der vorigen Instanz compensirt worden, nun sämmtlich und für beide Instanzen der Beklagtin aufgelegt.

In der letzten Instanz ward dann auf Oberappellation der Klägerin und nach meinem Antrag, ein Mittelweg eingeschlagen, und Inventur, die allerdings in Beyseyn der Interessenten förmlich geschehen sollte, sowohl als Sicherheitsbestellung auf den sämmtlichen Nachlaß des Vorverstorbenen (das besondere Vermögen der Ueberlebenden nicht einbegriffen) und auf den Fall gerichtet, da das gegenseitige und mit dem letzten Willen des Verstorbenen in Eins verbundene Testament der Klägerin künftighin rumpirt, oder von ihr selbst aufgehoben oder durch Verfügungen auf den Todesfall (Dispositionen unter Lebenden sollten nur nicht eigentlich in fraudem geschehen können) untergraben werden sollte, was denn durch eine ausführliche Bestimmung des Inhalts der Caution im Urtheil näher entwickelt wurde.

14. Zur Rechtfertigung dieser Entscheidung war denn nun dem Collegium von mir Folgendes vorgetragen worden.

Was die Materialien dieses Rechtsstreits betrifft, so ist diese Sache bisher ganz unrichtig aufgefaßt worden, und das würde vielleicht unterblieben seyn, wenn nicht der Verfasser des ersten Urtheils in den sonderbaren Irrthum verfallen wäre: daß das vorliegende, von ihm selbst verfer-

tigte Testament, lediglich eine *vulgaris* substitutio enthielte, und der Verfasser des zweiten Urtheils in einer ausführlichen Widerlegung dieses Irrthums befangen in das andre Extrem hineingerathen wäre, nämlich die im Testament enthaltene fideicommissarische Substitution für einen Erbvertrag zu halten. Unter diesen Voraussetzungen konnte es nicht fehlen, daß die beiden Urtheile in den gradesten Widerspruch mit einander treten mußten; die Wahrheit liegt aber in der Mitte.

15. Was zuerst die Meinung des Unterrichters betrifft, so ist ja aus den Worten des Testaments ganz klar, daß die Absicht war, die darin substituirten Personen sollten erst dann, wenn der Universalerbe oder die Universalerbin die Erbschaft des vorverstorbenen Testators angetreten und sie so in sein (ihr) eignes Vermögen aufgenommen hätte, dann aber auch noch selbst mit Tode abgegangen wäre, die Erbschaft erlangen.

Dieß ist aber in Hinsicht des Vorverstorbenen nicht Vulgarsubstitution, da diese bekanntlich nur allein wirkt, wenn die Erbschaft von dem directen Erben **nicht** angetreten worden, sondern es ist rücksichtlich desselben **Fideicommiß**. Die Worte des Testaments:

> »substituiren — nachbenannte ihre beiderseitigen Anverwandten«
>
> folgen die Namen
>
> »und sollen dieselben nach unserm beiderseitigen Ableben unser ganzes zurückgelassenes Vermögen — — erhalten,«

sind so klar, daß alle weitere Auseinandersetzung überflüssig seyn würde.

16. Eine andere Frage ist es freilich, wie ist dieses Fideicommiß zu verstehen? und da kann es zuerst zur Rede kommen, ist es als ein **Erbvertrag** anzusehen? Daß sowohl directe (heredis institutio), als indirecte (fideicommissa

hereditas — Universal-Fideicommiß) Erbeinsetzung in Teutschland durch Vertrag geschehen könne, leidet gar keinen Zweifel [16]), vollends wenn ein solcher Erbvertrag gerichtlich [17]) vollzogen wird; aber daß man einen solchen Erbvertrag »vermuthen« müsse, kann dem Verfasser des zweiten Urtheils nicht zugegeben werden.

Es können allerdings Fälle vorkommen, wo es in facto zweifelhaft ist, ob ein Testament oder ein Erbvertrag errichtet worden, aber wie könnte hier jemals das Letztere als das bindendere präsumirt werden? Allerdings der Inhalt, die Umstände, zuweilen sogar die gebrauchte Form können darauf führen, daß ein Erbvertrag und kein Testament gemeint sey, aber dann ist auch schon der Zweifel gehoben. Hier ist aber eine den Testamenten und Erbverträgen gemeinsame Form, nämlich Vollziehung vor Gericht, gewählt, und es kann also nur Erbvertrag angenommen werden, wenn es aus dem Inhalt klar erhellt, daß ein solcher wirklich beabsichtigt worden; im Zweifel muß vielmehr ein widerrufliches Testament präsumirt werden [18]).

17. Es kommt also nur darauf an, ob in der vorliegenden Urkunde Grund genug vorhanden ist einen Erbvertrag anzunehmen. Was zuförderst die Worte betrifft, so sind diese entschieden dagegen, sobald man annimmt, das Ganze sey ein Erbvertrag. Die Worte: »Testament,« »testatorische Eheleute« [19]), »letzter Wille« kommen mehrmals vor, besonders ausdrucksvoll ist der letzte Ausdruck [20]), denn ein unwiderruflicher Erbvertrag ist kein letzter Wille, da nichts darauf ankommt, ob man diesen Willen noch zuletzt, das ist bey seinem Tode habe, sondern es ist ein gegenwärtiger Wille, der schon jetzt die Beerbung für immer

16) Rh. Mus. II. 2. S. 153. 200. unt. 203. Not. 67. in f. 204.
17) Ebend. II. 2. S. 186.
18) Ebend. S. 198.
19) Vergl. Rh. Mus. daselbst S. 169. 202. not. 67.
20) Rh. Mus. das. S. 155. unt. Vergl. S. 217.

entscheidet. Dagegen kommt das Wort Vertrag, oder Erbvertrag, oder was dem ähnlich, auch nicht ein einziges Mal in der Schrift vor. Um so mehr ist es Erforderniß, daß aus den Verfügungen selbst und dem übrigen Inhalt aufs klarste die Absicht, einen Erbvertrag zu schließen, hervorgehe, damit man diesen gegen die Worte und Benennungen, die dann weniger genau oder ganz unjuristisch gebraucht worden wären, mit Sicherheit annehmen könne.

18. Die Urkunde enthält eine wechselseitige Erbeinsetzung zweier Ehegatten. Daß eine solche nach dem bey uns geltenden gemeinen Recht auch letztwillig und testamentarisch geschehen könne ist nicht zu bezweifeln [21].

Weshalb soll es denn grade Erbvertrag seyn? Es ist richtig genug, daß die Ehegatten, wenn sie ein solches Testament machen wollen, sich vorher mit einander darüber besprechen. Auf ein solches vorläufiges Uebereinkommen scheint der Verfasser der sententia a qua ein besondres Gewicht zu legen, so wie er auch in den Einleitungsworten des Testaments: »sie seien gesonnen rc.« eine besondre Kraft zu finden scheint. Allein eine solche Uebereinkunft ist mehr eine Verabredung, als ein Contract [22], wie man sich mit den Testamentszeugen vielleicht ein paar Tage vorher verabredet, daß sie an dem und dem Ort, zu der und der Zeit, sich einfinden wollen, das verpflichtet noch nicht, nicht jeder Consensus ist ja obligatorisch; aber auch wenn die Uebereinkunft, hier obligatorisch seyn könnte, was bey einem verabredeten Testament gewiß gar nicht seyn kann, auch nach Teutschem Recht nicht, so würde daraus nur eine Forderung der Ehegatten gegeneinander, die verabredete Erbeinsetzung noch vorzunehmen, hervorgehn, es würde doch noch weder ein Testament noch ein Erbvertrag seyn. Der letztere, wenn man von Singular-Succession hinwegsieht, ist nichts weiter wie die ver-

21) Oben N. 15.
22) N. M. II. 2. S. 178. unt. 179. 200. vgl. S. 205. N. 5—8.

tragsmäßige Erbeinsetzung selbst, wie jenes die letztwillige. So wie eine Servitut, eine Hypothek, durch Vertrag constituirt werden kann, so wird hier ein Erbe durch Vertrag ernannt. Dagegen kein Versprechen zum Erben einzusetzen, ist schon Erbvertrag. (Eichhorn Einleit. in d. D. Privatrecht §. 341. no. III. in f.). Die vorläufige Uebereinkunft mag nun auf Testament oder auf Erbvertrag gerichtet gewesen seyn; so kommt es doch immer nur darauf an, was die Handelnden wollten, als sie das Geschäft vollzogen, ob Testament, oder ob Erbvertrag, und da muß immer wieder, wenn nicht besondre Gründe auf das Gegentheil führen, das Testament präsumirt werden. Hierin stimmen ältere Praktiker und neuere Theoretiker überein, wenn auch Einige irrig das Gegentheil behauptet haben. (Eichhorn a. a. O. §. 345. not. h. neue Ausgabe §. 347. Mittermaier T. Privatrecht §. 410 not. 8. und die daselbst citirten Schriftsteller). Daß also hier eine gegenseitige Erbeinsetzung vorhanden ist, entscheidet an sich nichts, die Benennungen, wie gezeigt worden, sind entgegen. In der Erbeinsetzung selbst ist aber auch nichts vorhanden, was auf die Absicht, sich zu binden, und auf einen Erbvertrag schließen ließe. Der Mann setzt zuerst die Frau, dann die Frau den Mann ein, grade wie es in einem Testament geschieht.

19. Man weiß nicht recht, ob der Urtheilsverfasser das Ganze für einen Erbvertrag hielt, oder nur die Substitution; aus seinen Prämissen sollte man denken, er meine das Erstere, aus seinen Resultaten, wie er diese ausdrückt, das Letztere. Sieht man aber einmal das Ganze als ein Testament an, so wird man noch weniger geneigt seyn dürfen, in diesem Testament noch einen besondern Erbvertrag zu finden, das müste auf das klarste erhellen. Warum sollte nun jene Substitution der beiderseitigen Verwandten ein Erbvertrag seyn? oder mit andern Worten, warum sollte hier

eher ein Fideicommiß durch Vertrag, als durch Testament angenommen werden, obschon es in einem Testament steht? Etwa weil sich dieses über das Gut beider Ehegatten erstreckt? Obgleich hier schon zum voraus das beiderseitige Vermögen als eins angesehen wird, so konnte doch die Vereinigung selbst erst dadurch geschehen, daß der Ueberlebende die Erbschaft des Vorverstorbenen antrat. Lösen wir nun diese so betitelte Substitution in ihre juristischen Bestandtheile auf, so enthält sie zweyerley:

1) eine indirecte Erbeinsetzung des Vorversterbenden, und
2) eine directe des Zuletztlebenden, und die Personen sind bey beyden gleich.

Auf den Fall, daß ich vorversterbe, ernenne ich meinen Ehegatten zu meinem einzigen Erben, die bestimmten Personen aber nach seinem Tode zu Universal-Fideicommissaren; auf den Fall, daß ich meinen Ehegatten überlebe, ernenne ich dieselben Personen zu meinen Erben. Das ist der einzig mögliche juristische Sinn der in dem Testament enthaltenen dort sogenannten Substitution, obgleich er dort ganz anders aber doch auf eine Art ausgedrückt ist, die damit gar nicht in Widerspruch steht.[23]). Ist nun aber eine solche Verfügung überhaupt zulässig, so ist nicht abzusehen, warum sie nicht eben so gut letztwillig und widerruflich, als vertragsmäßig und unwiderruflich sollte geschehen können. Außer dem Punkt der Widerruflichkeit ist bey beiden alles gleich. Die Absicht

23) Der Ausdruck Substitution läßt sich hier in heut zu Tage üblicher Rede so rechtfertigen, daß man sagt, es ist hier eine aus Substitutio directa und obliqua zusammengesetzte Substitution: mein Ehegatte soll mein Erbe seyn; auf den Fall, daß er mein Erbe nicht werden kann, weil er vor mir verstirbt, sollen unsre beiderseitigen Verwandten meine Erben seyn (substitutio vulgaris); wird er mein Erbe, so soll er nach seinem Tode meinen Nachlaß an dieselben Verwandten herausgeben (substitutio fideicommissaria). So verfügen sie beide, und dieser wechselseitigen Verfügung wird also, wenn man sie in Gedanken zusammenschließt, das ganze beiderseitige Vermögen, auch der künftige Erwerb des Ueberlebenden unterworfen.

aber jedes der Ehegatten den andern zu binden, und so seinen und den eignen Verwandten ein Erbrecht für immer zuzuführen, kann hier in einem Testament durchaus nicht ohne klare Ueberzeugung angenommen werden, diese läßt sich aber aus den Worten:

»und sollen dieselben — — — erhalten«

schlechterdings nicht herleiten, da diese verba imperativa eines Testaments sind. Daß diesen Personen, die theils Erben (im Nachlaß des Zuletztverſterbenden), theils fideicommissarische Substituten (in dem Nachlaß des Vorverſterbenden) seyn sollten, Legate aufgelegt sind, die sie aus diesem zusammengesetzten Nachlaß berichtigen sollen, kann auch im geringsten nichts ändern.

20. Eine andre Frage ist freilich: ist denn die Disposition des einen Ehegatten hier gar nicht von der des Andern abhängig; kann jede frey widerrufen werden, ohne daß dieß auf die Wirksamkeit der andern Einfluß hat? Diese wollen wir aber erst nachher in Beziehung auf den vorliegenden Fall beantworten, nachdem wir vorher untersucht haben, wie die Substitution eigentlich gemeint gewesen, und ob sie die freie Verfügung des überlebenden Ehegatten über das Gut ausschließen sollte? Der Erbvertrag könnte hier an sich noch nichts entscheiden, wenn er auch vorhanden wäre [24]), denn dieser besteht der Regel nach sehr wohl mit freier Verfügung unter Lebenden. (Runde D. Privatrecht §. 661. in f. Mittermaier a. a. O. §. 403 not. 6. Eichhorn a. a. O. §. 342 not. e.) Und auf der andern Seite kann auch ohne Zweifel durch ein testamentarisches Universalfideicommiß, was auf einen gewissen oder ungewissen Tag oder auf eine Bedingung gestellt wird, bewirkt werden, daß die Veräußerung des unmittelbaren Erben, wenn sie gleich zunächst, da er vorerst Eigenthümer wird, gültig ist, doch hinterher, wenn nun das Fideicommiß eintritt, gänzlich ungültig und unwirksam

24) R. M. II. 2. S. 193. u. das. Not. 55. Vergl. S. 200 unt.

wird. (L. 3. §. 3. C. commun. de legat). Es kann auch nicht geleugnet werden, daß da wo ein solches Fideicommiß sich einmal findet, was auf den Tod des Fiduciars gestellt ist, man nicht ohne besondern Grund annehmen darf, daß dem Fideicommissar nur das vermacht sey, was der Fiduciar, nachdem er bey seinen Lebzeiten willkürlich darüber disponirte, davon noch nachlassen werde.

21. Sehen wir nun die fragliche Substitution an, so ist sie, wie wir schon gezeigt haben, in Beziehung auf das ursprünglich eigne Vermögen des Zuletztlebenden eine simple Erbeinsetzung, und kann also unmöglich dem Testator hinsichtlich der Verfügung unter Lebenden die Hände binden, das würde sie nicht einmal als Erbvertrag, viel weniger hier wo sie ein letzter Wille ist. In Beziehung auf den Nachlaß des Vorversterbenden dagegen ist sie ein wahres Universalfideicommiß, und hier tritt die eben erwähnte Vermuthung ein, und es kommt nur darauf an, ob diese hier nicht durch andre Gründe in specie aufgehoben wird.

Sehen wir erst die Worte an. Daß der überlebende Ehegatte »zum Universalerben des ganzen Vermögens des Testators ohne Ausnahme« eingesetzt wird, kann, so viel Gewicht der Unterrichter auch darauf legt, gar nichts bedeuten, denn das sagt noch immer nicht, daß er keinen Verbindlichkeiten und Einschränkungen unterworfen seyn solle, wie dieß jener rein ex ingenio hinzusetzt. Die erheblichen Worte sind vielmehr diese:

> »und sollen dieselben nach unserm beiderseitigen Ableben, unser ganzes zurückgelassenes Vermögen zu fünf gleichen Theilen —— erhalten.«

Wollte man die doppelt unterstrichenen Worte so verstehn, daß sie nun das Vermögen, so wie es zur Zeit der Verfügung war, zum Zweck des Fideicommisses fixiren und gleichsam eisern machen sollten; so würde die Verfügung etwas

ganz Ungültiges enthalten, da sie sich ihrem Wortinhalt nach auf das ursprüngliche Vermögen des Ueberlebenden mit erstreckten, in Hinsicht dessen ihm gar nicht die Hände durch ein Testament gebunden werden konnten, und worauf auch der Vorversterbende in dieser Art kein Fideicommiß legen konnte. Allein die Worte lauten ja auch wirklich auf ein: »quod superfuerit«. Die Verwandten sollen erhalten »nach unserm beiderseitigen Ableben unser ganzes zurückgelassenes Vermögen«, was bald darauf in Beziehung auf die Legate genannt wird: »unsre dereinstige Verlassenschaft«, d. h. unser ganzes Vermögen, wie wir es nach unserm beiderseitigen Ableben zurücklassen werden, nicht unser ganzes Vermögen, wie es jetzt ist, sondern so wie es dann seyn wird, wenn wir Beide, nachdem wir bey unsern Lebzeiten frei damit geschaltet haben, auch der Nachlebende sowohl mit seinem ursprünglichen als mit dem angeerbten Gut frei geschaltet hat, nicht mehr seyn werden. Dieser Sinn bietet sich von selbst dar, wenn man nur ohne Vorurtheil liest, und wenn die Worte noch einigen Zweifel übrig ließen, so sind sie doch eher für als gegen diese Erklärung, und so muß es auch erlaubt seyn, extrinsecus Gründe für dieselbe herbeyzuziehen.

22. Da ist es denn nun von größter Erheblichkeit, daß wenn man anders auslegen wollte, der überlebende Ehegatte durch das Testament gar nichts für seine Person gewinnen, ja wenn man sein eigenes ursprüngliches Vermögen hineinziehen könnte, beträchtlich verlieren würde.

In dem hier in Betracht kommenden Landrecht Tit. ... §. ... ist vorgeschrieben,

> daß dem längstlebenden Ehegatten die Nutznießung an dem ganzen Vermögen des Vorverstorbenen zustehen solle, und daß es dessen Verwandten erst nach dem Tode des Nutznießers restituirt werden solle.

Sollte also die wechselseitige Erbeinsetzung wie die Oberappellaten und der Iudex a quo wollen, nichts anderes dem

Ueberlebenden verleihen, als einen Nießbrauch an dem ganzen beiderseitigen Gut, so würden beide Testatoren auf eine völlig unbegreifliche Weise für ihre eigne Person und für die Person des, wie sie selbst im Testament sagen, geliebten Ehegatten schlecht gesorgt haben. Die Substitution hätte ihnen, so weit es den Nachlaß des Vorverstorbenen anging, allen Vortheil, den sie nicht schon ipso iure hatten, wieder entzogen, ja ihre Absicht — denn das sagten dann ja auch die Worte — hätte, wenn auch rechtswidrig, doch auf eine vollends unglaubliche Weise, das ursprünglich eigne Vermögen des Nachlebenden umfaßt, und ihm statt Vortheil den größten Nachtheil zuwenden sollen.

Wären die Worte klar hierfür, so müßte man freilich auch das Unwahrscheinliche und Unglaubliche sich gefallen lassen, da sie aber vielmehr dagegen sind, so kann man es nimmermehr annehmen.

Man hat dieß aus der großen Liebe für die Verwandten erklären wollen; das Testament, meinte man, sey lediglich zu Gunsten dieser errichtet, und dazu wäre man durch jene Stelle des Landrechts befugt gewesen, indem diese zugleich den Ehegatten erlaube, falls sie keine Kinder hätten, über ihre Succession sowohl zu ihren eignen Gunsten, als auch zum Vortheil ihrer beiderseitigen Verwandten zu paciscіren. Aber theils folgt hieraus noch gar nicht, daß man dieß auf alle Weise durch Testament thun dürfe, oder daß wo ein Testament ist, ein Erbvertrag seyn müsse; theils bleibt es doch immer höchst unwahrscheinlich, daß dergleichen ohne Berücksichtigung des eignen Vortheils gar nicht zu eignen Gunsten oder Gunsten des Andern sollte geschehen seyn, und gar so geschehen seyn, daß wenn buchstäblich die Absicht erreicht würde, jede der disponirenden Personen als Nachlebender übervortheilt werden müßte; denn Niemanden kann es doch gleichgültig seyn, daß ihm alle Veräußerung und freie Verfügung über sein eignes Vermögen entzogen und er so zum Nießbrau-

cher herabgesetzt werde. Freilich wird wohl der Eigenthümer eines kleinen Vermögens damit gern den Nießbrauch eines großen Guts sich erkaufen; aber dieser Nießbrauch gebührt ihm hier ja schon nach dem Recht.

Zu einer solchen Aufopferung wird sehr selten die Liebe zu Geschwistern ein hinreichendes Motiv seyn. Aber besonders auf Seiten der Frau hat im vorliegenden Fall dieses Motiv schon an sich etwas Unbegreifliches. Daß die Eheleute beide sehr wohlhabend waren, und keines den Andern beträchtlich im Vermögen übertraf, ist notorisch. Der Mann hatte drey Verwandte auf seiner Seite stehen, die Frau nur zwey. Was konnte denn diese diesen für ein großes Opfer zu bringen bewogen seyn, um ihnen $^2/_5$ in dem Nachlaß ihres Mannes zu verschaffen, indem sie dafür $^3/_5$ von dem ihrigen verloren?

Vielleicht war es die auch bey Universal-Fideicommissen anwendbare falcidische Quart (Trebellianica), worauf dabey calculirt wurde? Aber diese lag ja nicht in der Absicht der Testatoren, sonst hätten sie sie selbst frei gelassen, und was könnte denn dieß auch viel bedeuten?

23. Da hier nun schon so sehr die Worte und die äußere Wahrscheinlichkeit für das Fideicommissum eius, quod superfuturum est, sprechen, so kann auch die wiederholt ausgesprochene Ueberzeugung des Testamentverfassers, daß keiner der Ehegatten sich in Hinsicht der Verfügung über das Gut unter Lebenden habe die Hände binden wollen, einen nicht unerheblichen Unterstützungsgrund abgeben, wenn derselbe auch nicht grade die reinsten juristischen Argumente hinzufügt. Die Thatsachen mußte er kennen, wenn ein leidliches Gedächtniß ihm zu Hülfe kam, und so ist es sonderbar, wenn von ihm in dem der Sententia a qua zum Grunde liegenden Votum verlangt wird, daß er einen speciellen Grund der Wissenschaft (ratio scientiae) hätte angeben sollen, da er doch selbst nach der Instruction der Testatoren das Testament ver-

faßt hatte. Freilich wäre der wörtliche Inhalt desselben dagegen, so könnte das nichts entscheiden, aber es kann die ohnehin richtige Wortauslegung unterstützen, wenn der Autor testamenti bezeugt, es sey so gemeint gewesen.

24. Hiernach könnte man also denken, obgleich im allgemeinen die Verbindlichkeit des Fiduciars, der noch vorerst nicht herauszugeben hat, eine hinreichende Caution wegen künftiger Restitution zu bestellen nicht bezweifelt werden kann (v. tott. titt. P. et C. ut in possessionem legator.), so sey doch in diesem Fall, wo nach freier Disposition, die nur nicht eigentlich in fraudem der Fideicommissare geschehen darf, was sich in jedem Falle erkennen und anfechten läßt, allein nur das übrig Bleibende zu restituiren ist, jede Caution und Juventur überflüssig. Denn auch die in der Nov. 108. für einen Fall des Fideicommisses: »quidquid ex hereditate mea superfuerit«, hinsichtlich eines unvermindert zu erhaltenden Viertheils, vorgeschriebene Caution kann hier gar nicht in Betracht kommen, da, wenn man nur diese Novelle in Verbindung mit der Stelle aus Papinian in L. 54. D. ad Sct. Trebell., worauf sie selbst mehrmals Bezug nimmt, liest, sich leicht erkennen läßt, daß da immer von einem Fall die Rede ist, wo der Erbe des Fiduciars und der Fideicommissar verschiedene Personen sind, wogegen in unserm Fall es immer dieselben Personen sind, nämlich die fünf Verwandten, welche mit einander den Fiduciar, die Frau, beerben, und das Fideicommiß des Mannes zu empfangen haben. Darnach würde denn, wie die Oberappellanten gebeten, absolut reformatorisch zu erkennen seyn. Allein es kommt hier noch die oben vorerst zurückgestellte Untersuchung jetzt zur Rede, ob und in wie weit die letztwilligen Verfügungen der beiden Testatoren von einander abhängig sind und nicht ohne einander bestehen können, wie es technisch genannt wird, in wie weit sie correspectiv sind? Dieß kommt nämlich deswegen zur Frage, weil hier kein Erbvertrag, sondern ein Testament

und zwar ein doppeltes Testament vorhanden ist. Nach dem Testamentsrecht muß jeder der beiden Testatoren die als seinen letzten Willen ausgesprochenen Verfügungen jeden Tag durch einen späteren Willen wieder aufheben und widerrufen können, ohne daß es ihm einmal möglich ist, sich hierin die Hände zu binden. (L. 6. §. 2. D. de iure codicillor. L. 89. pr. D. de legat. II. L. 61. D. de V. O. L. 52 §. 9. D. pro socio L. 15. C. de pactis). Allein das eine Testament kann dadurch bedingt seyn, daß das andre seine volle Wirkung äußere, was denn nur, wenn dieß, wie in dem vorliegenden Fall keineswegs, nicht captatorisch geschehen ist, die Folge hat, daß wenn der Eine sein Testament widerruft, damit das Testament des Andern implicite auch widerrufen ist. Wenigstens nach unsrer Praxis leidet die rechtliche Möglichkeit hiervon keinen Zweifel. Ob das Verhältniß der beiden Testamente wirklich so sey, ist freilich wieder ganz quaestio facti, denn es kann allerdings auch anders seyn. Bey reciproken Testamenten der Ehegatten, wie das vorliegende, wird aber diese Absicht sehr wahrscheinlich seyn, und daher nehmen unsre Juristen an, daß solche Testamente auch regelmäßig correspectiv sind. (Müller ad Leyser. Observ. 633. Thibaut Pandekt. System §. 804 in f. Mühlenbruch Doctrina Pandect. §. 481 in fine).

25. In unserm Fall ist kein Grund, eine Ausnahme gelten zu lassen, vielmehr es streitet alles für die Regel. Hinsichtlich der reciproken Erbeinsetzungen zu einander, liegt hieran nichts mehr, da der eine Testator schon gestorben ist, und der andre als Universalerbe angetreten hat. Wichtig aber ist es noch im Verhältniß zu der Einsetzung der Verwandten des Vorherverstorbenen, und überhaupt der beiderseitigen Verwandten. So weit diese Fideicommiß ist, kann sie nicht mehr geändert werden, aber so weit sie directe Erbeinsetzung *oder Bulgar-Substitution* auf Seiten des Nachlebenden ist, also das ursprünglich eigne Vermögen der Beklagtin betrifft, kann diese

sie allerdings zu jeder Zeit frey wieder aufheben, und keine Anerkennung des Testaments, und keine Erbantretung, die ja nur den Nachlaß des Vorverstorbenen betrifft, und keiner Disposition des Testaments eine neue Kraft, die sie nicht von Anfang an hatte, zu ertheilen vermag, kann dieß ändern. Und hier kann es nun nicht wohl bezweifelt werden, daß es im Sinne des ganzen Testaments liegt, diese Einsetzung der beiderseitigen Verwandten in die reciproke Einsetzung selbst hineinzuziehen, und sie damit unzertrennlich zu verknüpfen. Alle bisher erörterten Bestandtheile des Testaments, obwohl sie vorerst juristisch für sich gedacht werden musten, auch wo die Worte sie zusammengeworfen hatten, sind doch auch wieder in dem Testament selbst so nah verknüpft, daß man sie dem endlichen Effekt nach nicht als unabhängig von einander sich vorstellen darf. Gewiß konnte es nicht Meinung seyn, daß einer der Ehegatten sollte die Einsetzung der Verwandten des Vorverstorbenen oder auch nur seiner eignen Verwandten, die der Andre vielleicht besonders liebte, widerrufen und doch Universalerbe des Andern mit voller Verfügungsfreiheit, ungeachtet des Fideicommisses, bleiben dürfen. Auf den Fall also, da er diesen Theil seines Testaments durch eine Verfügung, die in der That sein letzter Wille wird, widerruft, muß auch die Einsetzung des Vorverstorbenen, wodurch er so sehr begünstigt wurde, rückwärts wieder aufgehoben werden. Ob dieß aber der Fall sey, entscheidet sich erst bey seinem Tode, denn ein inzwischen errichtetes Testament kann ja noch wieder aufgehoben und das alte Testament kann wieder hergestellt werden, so daß nun in unserm Fall kein dem ursprünglichen wechselseitigen Testament widersprechender l e t z t e r Wille vorhanden seyn würde. Es wird also darauf zu sehen seyn, ob zur Zeit des Todes der Beklagtin ein Testament oder ein gültiger Widerruf vorhanden ist, welcher die in dem Testament so genannte Substitution umstößt. Ist das, so muß dieß auch auf das Testament

des Vorverstorbenen wie eine Resolutivbedingung wirken, es müßte Intestaterbfolge für diesen eintreten, und der Erbe der Beklagtin müßte dann den ganzen Nachlaß ihres verstorbenen ersten Mannes, an dessen Verwandte, so wie sie ihn überkommen ohne Schmälerung und Verringerung herausgeben.

26. Eben also wegen jener freien Testamentsfaction der Oberappellantin, welche auch einen künftigen Erbvertrag begreift, müssen die nächsten Verwandte des Vorverstorbenen hierüber gesichert seyn, und dazu kann ihnen nur verhelfen, wenn ein regelmäßiger Inventar — nicht etwa über das ganze beiderseitige Vermögen der Ehegatten — sondern über den Nachlaß des Vorverstorbenen errichtet, und ihnen in eventum Caution wegen der künftigen Restitution geleistet wird. Wobey denn auch nicht übersehen werden darf, daß durch die Geburt von Kindern der Oberappellantin aus ihrer jetzigen zweiten oder einer spätern Ehe, das Testament, so weit es ihr ursprüngliches Vermögen, beträfe, rumpirt werden würde, ja daß auch durch Adoption dergleichen bewirkt werden könnte. Es ist also mit Rücksicht auf dieß alles der Inhalt der Sicherstellung zu bestimmen, und diese der Klägerin aufzulegen.

27. So weit mein Antrag. Untersuchen wir nun die darin enthaltenen Momente genauer und ausführlicher, als es in den vorgeschlagenen Entscheidungsgründen eines Urtheils entwickelt werden konnte.

Was zuforderst die Frage betrifft, ob die vorgelegte Urkunde einen Erbvertrag enthielt, so sind die Gründe, weswegen diese zu verneinen sey, in dem Antrage so vollständig dargelegt, daß ich nichts hinzuzufügen weiß. Geht man von dem Princip aus, daß bey einer wechselseitigen Institution zwischen einem Erbvertrag und einem Testament die Wahl nur aus faktischen Gründen zu treffen sey, und daß man das Bindendere, den Erbvertrag, im reinen Zweifel nicht präsumiren dürfe, so kann man in dem vorliegenden

Fall weder die Institution noch die Substitution für einen Erbvertrag halten, das liegt klar am Tage. Auch die wechselseitige Institution, wo sie für sich allein vorkäme, als auf keine Weise bindend, auch nicht einmal, wie wohl behauptet worden, als nicht correspectiv anzusehen, und dennoch, wenn eine Substitution hinzukommt, sie zur Gesellschaft mit als Erbvertrag anzusehn, würde gegen alles Princip verstoßen, da auch eine Substitution, selbst der gegenseitigen Verwandten, mag sie direct oder indirect seyn, sich wie gezeigt worden, eben so gut testamentarisch als conventionell denken läßt. Es wäre aber auch in sich widersprechend, da sich kein Grund finden läßt, woraus man diese Unterscheidung rechtfertigen könnte. Daß bey solchen reciproken Testamenten mit Substitutionen die Ehegatten sich beiderseits darauf Rechnung machen, daß der Andre auch seine Verfügung nicht ändern werde, ist gewiß; aber dieser Calcül tritt bey allen auch den simplen wechselseitigen Institutionen ohne Substitution ein, und wirkt die correspective Natur dieses Testaments, welche denn nur bey den Substitutionen (bey den simplen Institutionen ist durch diesen die Bedingung, weswegen der Andre indirect gebunden war, hinweggefallen) über den Tod des Vorversterbenden hinaus noch auf das Fideicommiß zu beziehen, und im Obigen von mir darauf bezogen worden ist. Macht jemand mit seiner Frau, die Vermögen hat, indem er es auch hat, ein Testament, er setzt sie, sie ihn auf den Fall des frühern Todes ein, so geschieht das allemal nach vorläufiger Besprechung und Verabredung, und beide thun das in dem gegenseitigen Vertrauen, daß Er selbst und daß der Andre bey diesem Entschluß verharren werde. Dieses gegenseitige Vertrauen, ist aber so wenig, wie jene Uebereinkunft ein Erbvertrag: nicht jedes Vertrauen auf die treue Liebe des Andern, und auf die eigne Geschicklichkeit, sich diese zu erhalten, wenn auch eine Besprechung, die dieß hoffen ließ, dem Akt vorherging, ist schon ein Contract, der

den Andern so binden soll, daß er auch nach Zwangsrecht nicht davon kann, wenn sich auch erwarten läßt, daß sein sittliches Gefühl ihn an einer Aenderung ohne die trifftigsten Gründe verhindern wird. Es kann freilich ein solcher Contract in der Absicht liegen, und ist dann nach unserm Recht gültig, so gut bey Institutionen als bey Substitutionen, er darf aber auch nach unserm Recht nicht präsumirt werden, so wenig bey diesen als bey jenen. Nicht einmal ein Versprechen, sich gegenseitig einzusetzen ist schon ein Erbvertrag, und hat an sich bindende Kraft [25]), viel weniger eine solche vorläufige Abrede. Auf den Calcül kann vollends nichts ankommen; wer ein ganz einseitiges Testament errichtet, hat in hundert Fällen neun und neunzigmal das feste Vertrauen zu sich selbst, daß er sein Testament nicht widerrufen werde, und doch vermindert dieß seine Freiheit nicht es künftig zu thun, nicht einmal wenn er seinen unwiderruflichen Entschluß ausspricht, weswegen sollte ein irriger fremder Calcül ein stärkeres Hinderniß seyn?

So viel kann man zugeben, daß die Substitution beiderseitiger Verwandten, wenn die übrigen Umstände darnach sind, und wenn schon die Worte, die gebrauchte Form, oder doch die sachlichen und persönlichen Verhältnisse auf einen Erbvertrag nicht undeutlich hiweisen, dann die Wahrscheinlichkeit, daß ein solcher in der Absicht lag, erhöhen und vielleicht zur völligen Gewißheit erheben kann. Daß das nun aber bey dem vorliegenden Testament nicht der Fall ist, braucht nicht weiter auseinander gesetzt zu werden, als es schon in dem Antrag geschehen ist.

28. Noch viel weniger als einen bindenden und letztwillige Verfügungen und anderweitige Erbverträge und was dem ähnlich ausschließenden Erbvertrag, darf man annehmen, daß die beiden Erblasser im Sinne gehabt haben, den Ueberlebenden hinsichtlich der Verfügungen unter Lebenden die Hän-

25) Rh. Mus. II. 2. S. ...

den zu binden. Wollte man es auf den Nachlaß des Verstorbenen beschränken, so würde es doch gegen die Worte verstoßen, wie sie oben angegeben worden, wollte man es gar auf das ursprüngliche Gut des Ueberlebenden ausdehnen, so würde das nicht bloß gegen die Worte, sondern auch, wie aus dem gesetzlichen Ususfructus des dortigen Landrechts gezeigt worden, gegen die ganzen Verhältnisse, gegen alle Wahrscheinlichkeit und gegen das Zeugniß der Obrigkeit, die das Testament verfaßt hatte, verstoßen. Daß man das beym Tode des Vorverstorbenen vorhandene beiderseitige Vermögen herausschiede, und den künftigen Erwerb des Ueberlebenden seiner Disposition frei ließe, würde, auch zugegeben die mögliche Gültigkeit einer solchen Einrichtung, nur eine Willkühr mehr seyn, da das Testament diesen Unterschied nirgends macht. Ich bin hierüber in dem mitgetheilten Antrag ebenfalls so ausführlich gewesen, daß ich mich hier nur selbst wiederholen könnte. Nur auf ein paar Einwürfe will ich kurz antworten.

29. Die hauptsächlichen Worte waren, die Substituten sollen erhalten

> »nach unserm beiderseitigen Ableben unser ganzes zurückgelassenes Vermögen«.

Daß hier ein Ganzes den Worten nach gegeben wird, ist offenbar, aber wo steht, daß das Ganze so gegeben wird, wie es der Eine Vorversterbende hinterläßt, wie dieses, wie sich das beiderseitige Vermögen zur Zeit seines Todes befindet? nein so wird es gegeben, wie es bey der Ehegatten beiderseitigem Ableben seyn wird, also den künftigen Erwerb mit eingeschlossen, aber auch dieser und alles nur so, wie es beide gestorben zurückgelassen, also wie es der Letztlebende zurückläßt, nachdem er das Vermögen des Vorverstorbenen früher hinzu geerbt hat. Also ist der Accent auf das Wort: »zurückgelassenes« zu legen, der Beysatz: »ganzes« soll nur sagen, daß nichts ausgeschieden seyn soll, also auch nicht der künftige Erwerb.

30. Es ist eingewandt worden, daß doch die Legate, die den Substituten aufgelegt worden, nach dem Ganzen berechnet wären, wie dieses zur Zeit des Todes des Vorverstorbenen gewesen wäre. Hätte man es dem freien Willen des Ueberlebenden gestatten wollen, das Vermögen zu vermindern, so würde man gar keine feste Rechnung haben machen können, die Vermächtnisse würden so leicht das ganze Fideicommiß consumirt, und den Substituten nichts übrig gelassen haben. Adminiculirend sey, daß die Testatoren sich im Testament selbst vornähmen, eine weibliche Verwandte noch bey ihren Lebzeiten zu dotiren, wenn sie verheurathet würde, da denn das Legat wegfallen solle; das könne doch nur von dem Ganzen verstanden werden, wie dieß bey ihrer Beider Leben Statt gefunden hatte. Gewiß die Rechnung wurde gemacht, nicht nach der Zeit des Todes Eines von ihnen beiden, denn sie konnten ja noch viele Jahre bey einander leben, sondern nach der Zeit der Testamentserrichtung. Aber was kann denn dieser Calcül bedeuten? Wie könnte man daraus schließen, bey dem Fideicommiß sey nur das Vermögen zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden gemeint gewesen? Auch wer sein ganz einfaches Testament macht, und Vermächtnisse darin ertheilt, der erwartet, daß der Vermögensbestand vor seinem Tode sich nicht zum Schlimmern verändern wird, und doch kann er sich sehr täuschen. Indem ein Wohlhabender so in liberalem Muth verfügt, denkt er nicht an Unglück oder eigne Verschwendung, und nicht an künftige Noth und Abnahme seines Vermögens. So denken auch Eheleute, die gemeinsam testiren und substituiren und legiren, und dieß auf den Tod des Letztlebenden, wie hier, stellen, nicht daran, daß der Letztlebende genöthigt seyn wird, das Vermögen zu vermindern, eher hoffen sie, er werde es noch vermehren. Aber weder hier, noch dort kann dieser Calcül über die Freiheit künftig zu verfügen und zu veräußern etwas entscheiden, und im letztern Fall kann unmöglich eine solche Erwartung den Schluß rechtfertigen,

daß beide dem Andern und sich selbst, als dem Ueberlebenden, es haben unmöglich machen wollen, sich aus einer vielleicht dringenden und unverschuldeten Noth dadurch zu retten, daß er die Substanz des Vermögens, wenn auch nur des ursprünglich eignen Vermögens, sobald es nur nicht neuer Erwerb ist, angriffe. Vielmehr ist ihm hier volle Freiheit gelassen, so gut als man sie bey jenem simplen Testament sich selbst ließ, auf die Gefahr, daß die Legate ganz dabey zu Grunde gingen. — Freilich die Aussteuer der lieben Pathin, die das Glück hat, noch bey Lebzeiten beider Eheleute einen guten Mann zu bekommen, die kann nicht aus dem Ganzen, was bey ihrer beiderseitigem Ableben vorhanden ist, hergenommen werden, aber auch nicht aus dem, was beym Tode des Erstversterbenden vorhanden ist, auch nicht aus dem bey der Testamentserrichtung befindlichen, sondern aus dem, was sie zur Zeit der Hochzeit besitzen. Aber was ändert denn dieß? Hätten sie doch ihren Entschluß nicht ausgeführt, ungeachtet der Heirath bey ihren Lebzeiten nicht, so wäre ja das Legat geblieben, und das wäre denn gleich den übrigen, aus dem, was der Letztlebende nachließ, von den Substituten zu bezahlen gewesen. Reicht das denn nicht aus, so kann nichts gegeben werden.

31. Also so viel kann gar nicht füglich bezweifelt werden,

1) daß die freie Verfügung des Ueberlebenden durch die Substitution, man mag diese nun verstehen wie man will, gar nicht gehindert ist; und
2) daß hier überall kein Erbvertrag, sondern ein Testament im eigentlichsten Sinn, und eine bloße testamentarische Substitution ist.

Dieß darf ich also als ganz beseitigt ansehn.

32. Die eigentlichen Schwierigkeiten entstehen erst, wenn man nun weiter untersucht:

I. Ist hier nicht doch die Absicht gewesen, daß jeder der Ehegatten über das ganze beiderseitige Gut testiren

wollte, so daß also auch die Substitution nicht theils eine zweifache obgleich in Eins gefaßte Erbeinsetzung oder Vulgar-Substitution, theils eine Substitutio obliqua, so wie es oben (S. . . .) dargestellt worden, sondern daß sie durchaus ein Fideicommiß, was jeder für den Fall, daß er zuerst sterben würde, auf das ganze beiderseitige Vermögen, wie es beym Tode des Letztlebenden vorhanden seyn werde, theils aus eigner Willkür, theils mit Bewilligung des Andern, legte, seyn sollte. Und wenn dieß die Absicht war: jeder wollte testiren, nicht bloß über das eigene Gut, sondern auch über das Gut des Andern mit Bewilligung desselben, konnte das gültig seyn, und ist dem eine juristische Wirkung beyzulegen?

II. Wenn dieser wechselseitig verbundene Wille etwa ungültig seyn sollte; erhält er nicht durch die Antretung des Ueberlebenden volle Kraft und Gültigkeit?

Durch diese Fragen wird die Sache erst wieder in die Region des allgemein Interessanten hinübergeleitet; und allerdings die Bejahung bald der ersten, bald der zweiten Frage findet sich bey mehreren Schriftstellern 26)

26) Haubold, Lehrb. des k. sächs. Privatr. §. 343., indeß bejaht dieser die zweite Frage bloß für das sächsische Privatrecht; nur ist dieß Partikularrecht wohl gewiß durch eine verirrte Doctrin über gemeines Recht erzeugt worden. In demselben Sinne könnte man sie bejahen für das Allg. Preuß. Landrecht II. 1. §. 490 ꝛc. Dieß entscheidet nichts für das gemeine Recht in Teutschland, und ob es im Preußischen Recht dabey sein Bewenden behalten werde, steht noch dahin. Indeß auch Mittermaier T. Privatr. §. 410. spricht darüber grade wie Haubold, nur daß er die bedeutenden Worte: „selbst wenn sie sich zugleich über sein eigenes Vermögen erstrecken“ doch wohl gewiß absichtlich weggelassen hat. Die Worte haben hier bey Mittermaier überhaupt nicht die gewöhnliche Genauigkeit, das Einschiebsel: „oder hatte sich der Ueberlebende zum Besten eines Dritten zu etwas verbindlich gemacht“ verknüpft mit dem Nachsatz: „so macht sich der Ueberlebende durch den Erbschaftsantritt verbindlich, die übernommene Pflicht zu erfüllen“, geben das Resultat, daß die Antretung verbindlich macht eine Verbindlichkeit zu erfüllen, etwa wie Constitutum debiti proprii? In demselben §. war es aber als Princip anerkannt,

selbst der neuesten Zeit. Wir wollen sie nach einander beantworten.

daß es bloß quaestio facti sey, wie man wechselseitige Testamente und also auch ihre Substitutionen zu beurtheilen habe, und in dieser Hinsicht hatte ich diesen §. oben (S. . . .) angeführt.

(Fortsetzung folgt.)

Beiträge zu Jakob Grimm's deutschen Rechtsalterthümern. 1828.

Von

Herrn Doctor Maßmann in München.

---

1) Zu S. 35. S. 36. 155. 213. 466. ꝛc.

Codex Monac. membr. fol. lat. 2. B. a. enthält die unten nachfolgende, in vieler Hinsicht merkwürdige Rechtsstelle.

Die Handschrift gehört dem Anfang des 12ten Jahrhunderts. Sie beginnt auf Bl. 1 a mit einem Testamentum des Augsb. Bischofs *Embrico*, der es von 1064 — 1077 war, und dem der darin genannte Bischof Heinricus 2. von 1047 — 1063 vorhergieng.

Darauf folgt *Isidori* Chronicon (bis Bl. 6 b), Chronicon *Augustense* (6 c) vom Jahr 973 — 1104, das nach Bl. 108 Matheus Marscalcus de Pappenheim *) add. vervollständigte, und in *Freheri* scr. rer. Germ. I, 493 mit abgedruckt steht; darauf Chronic. Monasteri S. Udalrici et Afrae von 1152 — 1265; *Heimonis* **) Consideratio annorum seculi

*) Er war 1494 Canonicus der Kathedralkirche zu Augsburg und starb 1511.

**) Bl. 20 a: Ego *Heimo* presbyter minimus fratrum in ecclesia *S. Jacobi* apostoli *Babinbergensis* territorii hec conscribo.

et Christi Jesu (18 a), endlich Bl. 88 a: De tribus maximis circumstantiis liber *Hugonis*.

Die Handschrift zeigt auf zweien Blättern armenische (gleichalte) Randbemerkungen; auf Bl. 4 a stehet bei den Worten »in montes *armenie*, qui vocantur ararat« արարաթ (ararath); auf Bl. 83 a zwei längere Bemerkungen von 7 Zeilen. Auf Blatt 38 b nun, unmittelbar nach dem Latein, welches durchaus nicht damit zusammenhängt und mit dem Jahre 1135 schließt, folgt die nachher abgedruckte deutsche Rechtsstelle, deren Schrift ganz der ersten Hälfte des zwölften Jahrhunderts gehört, deren Mundart vielleicht von einem niederrheinischen (?) Schreiber verderbt ist.

Auf Blatt 89 b (mit etwas dunklerer Dinte) stehen nochmals einige lateinische Rechtsbemerkungen in Bezug auf die Jahre 1104 und 1122, die hier noch vorausgehen mögen. Ich löse hier die Abkürzungen auf, den deutschen Text aber gebe ich nachher buchstäblich getreu:

Bl. 89 b: Ex *concilio affricano*.

Visum est uniuersis ab imperatoribus postulandum propter afflictionem *pauperum*. quorum molestiis sine intermissione fatigatur ecclesia. ut *defensores* eis aduersus *potentias diuitum* cum episcoporum prouisione deligerentur.

Ex *concilio ratisponensi* cui interfuit *Heinricus* tertius imperator cum multis optimatibus.

Statutum est. ut ad placitum cuiuslibet aduocati pertinentes semel in anno quando preceptum fuerit omnes certis in locis conueniant. ibique in seruitium suum plus non exigant nisi *duos modios tritici. et duos porcos. tres cados uini. et medonis. X cados ceruisie* *). *et V. modios auene*. Ut autem ea que ad usus fratrum pertinent. minus distrahantur. hec subscripta in usus aduocatorum sunt deputata. uidelicet *tertia pars bannorum*. et satisfactio temeritatum. ita tamen ut si qua dispendia res fratrum patiuntur, primo eis sua restituantur. *Werigelda* *) fratrum sunt.

*) Gehört das zu Grimm a. a. O. S. 314?

et mancipium pro mancipio. Preterea si prelati ecclesie aliqua necessitate cogente damnum sibi uel rebus sibi illatum saluo ordine suo recuperare non ualuerint. ipsos aduocatos in competentem locum aduocent. ubi causas querimonie diligenter discutiant. nichilque ibi ab eis uel ab eorum colonis quasi sub iusticia exigant. sed cum *caritate* hoc quod eis impensum fuerit accipiat.

Hec autem acta sunt in ciuitate *ratisbona*. anno dominice incarnationis. M. C. IIII°. indict. XII. presidente papa Paschali 2° presente autem Heinrico imperatore 3°, multis hoc tam ecclesie quam regni principibus conlaudantibus et confirmantibus. quorum nomina scripta sunt in maiori priuilegio.

Schwabenehe.

Da ein frî *ſwebenne* ewet ain *ſwab* der iſt ain fri man! da mezim *ſiben hantſcehe* han. mitten [1]) git er *ſiben wete*! nach dem ſwabeſchen rethe. [2]) vnde ſprichet zem erſten alſuſ. wa ich iw erwette den rethen [2]) *munt*. den gewerten munt, d'n gewaltigen munt. [3]) nah *ſwabe ê*. nah *ſwabe rethe*. so uon rethe, ain *vrî ſwabh*, einer *vrien ſwabin* ſol. mir zemineme rethe! îv ze iwereme rethe. mit mineme

1) Mit den.

2) Rehte, rehten.

3) Ueber dieſe Tautologie ſiehe Grimm's deutſche Rechtsalterthümer S. 14—22. Aehnlich beginnt das „kunige burch" des Alt. Teſt., das vor dem Schwabenſpiegel gewöhnlich gefunden wird (ſ. Heidelb. Jahrb. d. Lit. 1828. N. 13, S. 194. §. 15.), mit folgender Vorrede: in Cod. monac. chart. v. 1419. Catal. P. 341: Wir son dis bůch beginnen *mit Got* vnd sol sich enden *mit Got*. Wir sond ain dis bůch bewaren mit der *altun*. *e*. vnd mit der *nüwen*. *e*. das tůn wir dar vmbe das es die *falschen lüte* und die *vngetrüwen lüte* dest minner gevalschen vnd uerkeren mugen man dis bůch erdacht ist dur den *fride* vnd dur den *feldhaften fride* vnd durch den *staeten fride*. vnd durch recht u. ſ. w.

uolewerde! engegen iwereme uollen werde. .II. wa ich ivv erwette. so getaniu aigen. so ich in *swabe herschepte* han. so ich in des *kuniges riche* han. nah swabe ê. nah s. r. III. wa ich iv erwete *chvrichen*. un̄ *chûzal* alsic en swabe herschepte han. un̄ in des chunig^s riche han. nah swabe. ê n̄. s. r^s. IIII. wa ich iwe rwete *zun*. un̄ *gecimb^e*. un̄ *ovzvart*. un̄ *înuart*. nah s. é. n̄. s. r. V. wa ich iv erwette *stat*. vn̄ *stutwaide*. un̄ *swåner*. un̄ *swaige*. un̄ rethe *ganswaide*. un̄ *chorter*. *scaphe*. n. s. e. VI. wa ich iw erwete *scaz*. un̄ *schillinch*. un̄ *golt*. un̄ *gimme*. un̄ allen d'n *tresen*. d'n ich hute han. od'r vurbaz gewinne. un̄ *scharph egge**). nah. sw. e. VII. wa ich iu wette aller d'rwette d'r ich iv getan hân. *widembache* **) ze vrumenne. un̄ diu *segelutene*. zehoue. unze gedinge. vn̄ ze. allen d'n steten. da ich zerethe sol. n. s. r. so. v. r. ain urs swab. ainer ursen. swabin sol. mir zeminem rethe! iv ze iwerem rethe. mit minem *wolwerde*! engegein iwere vollen werde. obir mir d'n *canzelare* gewinnet. Div wete elliu. diu niemet diu frawe. un̄ ir voget. Nu nimet d'r *uoget ir geborn voget*. diu wete vn̄ d'i frawen. un̄ ain *swert* ***). un̄ ain *guldin uingerlin* †). un̄ ainen *phennich*. un̄ ain *mantel* ***). vn̄ ain *hat*. *ouf daz swert*. daz *uingerlin* †) *an di hilzen*. un̄ antwrtet si d'n man. vn̄ sprichet. wa ich iu beuilhe mine *muntadele*. zivueren triwon. vn̄ ze iueren gnad'n. un̄ bitivch durch die triwe, alsich si iu bevilhe.

*) Scharfe Egge? oder *scarphe swert ekke?*

**) *Widumo*, *widamo*, *wittemo*, angls.: *vëoduma*, was der Mann der Braut entrichtet. Rechtsalterth. S. 424.

***) Wie *gladius* cum *clamide* in der langobard. Formel bei Grimm Alterth. S. 426, u. spata et wanto. S. 431. Bei Tacitus: boves et equum et scutum cum framea gladioque (S. 427) u. atque invicem ipsa *armorum aliquid* viro affert.

†) Ein *guldin vingerlin*: Grimm a. a. O. S. 432.

daz ir ir *rethe uoget* ſit. un̄ ir *genadich uoget* ſit. vnd' daz ir nit *palemunt* *) ne werdent. ſo enphahet er ſi. un̄ habeſiine. —

*) *Palo*munto: der ungetreue Vormund. Sachſenſp. balemünden (dafür erklären); von mund-s, munt: Schutz, Schützer, und balv, palo, bëalo, altn. böl: das Uebel, böſe. Grimm Gramm. 2, 449. 471. 511. Davon Palotât (Uebelthat), balrât (Betrug). Ueber munt ſ. Schmeller's Bayer. Wörterbuch. II, S. 596; über balo: I, 1[illegible].

(Fortſetzung folgt.)

Hasla.

Von

Herrn Doctor Maßmann in München.

Professor E. M. Arndt hat in Band 2, Heft 2 u. 3 des Rhein. Mus. f. Philol. germanische Etymologien mitgetheilt, von denen hier das einzelne *hasla*, *hasal-(a)* herausgehoben werden soll. Für die übrigen dort besprochenen Ausdrücke unserer ältesten Sprache vergleiche man die eben erschienenen deutschen Rechtsalterthümer von Jakob Grimm*): S. 753 (grafio, grâve, gerêfa; s. auch Grammatik: 2, 737), S. 733 (Wargus, *warah*; s. a. Grammat.: 2, 480), West-*falahi* (Grimm in Wigand's Archiv f. Westfalen: II, S. 131 u. Grammat. 2, 280, *d*.).

Auch *Hasla* wird in diesen Rechtsalterthümern (S. 810 und 625) besprochen; an beiden Orten aber (bei Arndt und Grimm) gleichmäßig richtig als die »umschrankte oder umsteckte Gerichtsstätte«, als das völlr hasladr, das mit Haseln umgebene Feld gedeutet, so daß jene Stelle des ripuarischen Gesetzes, wie so viele andern ähnlichen, aus den nordischen und sonst-germanischen Rechts-, Lebens- und Sprach-Gebräuchen die rechte Erklärung und Begründung erhält.

Jener Ring (»circulus« sagt das rifländische Gesetz an jener Stelle 67, 5) wurde vorzüglich zum Kampfe abgesteckt, wie es z. B. in der Nornagest-Saga Cp. 6 heißt: »Da steckten die Gandalfingen den Giukungen die Haselruthen zum Kampfplatz auf der Landmark auf — — — unweit des Hafens waren die Haselstanden aufgesteckt,

*) Göttingen bei Dietrich, 1828. 8.

wo der Kampf ergehen sollte. — Beide Heere rückten nun gegen einander.« Im Isländischen heißt *hasla* (völl) ein Kampffeld abstecken, bestimmen, herausfordern.

Daß die Hasestaude, die bei Schatzgräbern und Brunnensuchern der Vorzeit und Gegenwart (in Dalekarlien rc.) ihre Wunderkraft beurkundet, überhaupt im früheren Volksleben stehende Bedeutsamkeit gewonnen hatte, wird gewiß durch folgende aus der Ortskunde hergenommene Zusammenstellung sich bestätigen.

Der Corylus (Haselstaude) hieß früher althochd. *hasal* (männl.) und *hasala* (weibl.) *), mittelhochd. *hasele*, neuhochd. *hâsel*. Davon bildet sich das Adjectiv *hasalîn*, mittelhochd. *hesilîn*. So kommt es vor in den Trierer Glossen des 10. Jhd. **): *hesilîn*: colurnum, nämlich holz, wie die Glossen des 12. Jhd. in Graff's Diutiska II, 3, 274: »*hesilînez*: colurnum *lignum*« geben; ebenso die Wiener Glossen des 13. Jhd. ***): »*heselîner*, colurnus« (daneben *hasel*: corilus), die Wiener Glossen des 10. Jhd. †): hesilînô: amigdalinus (mandalpoumîne).

Davon ward das Gebüsch, das coryletum: *hasal-ahi* genannt, jetzt bayerisch Haslach, aber fast nur noch in den frühen Ortsnamen; eben so Hesel-lôh aus hesilîn-lôh, worin Lôh wieder Busch, Gebüsch bezeichnet ††). Aehnlich *Dorn-lôh* in den alten Karlsruher Glossen (des 8. Jhd.) und den Wienern (des 8—9. Jhd.): rubus, tribulus u. s. w.

Dem gemäß jenes *Hesilîn-lôh* im Cod. Monac. Wessobrun. des 8. Jhd. †††): ». . . . . . ortleipus in loco nuncupante *hesilin-loh*.«

*) Falsch in Gl. mons. 414. hasila, wie auch die Trierer Gl. des 10. Jhd. hasil geben; erst das Adject.: hesilîn assimilirt mit Grund.

**) Bei Hoffmann: Th. I, S. 6, 11. Daneben steht 7, 4: hasil*wrz*; wie hasal*nuz*.

***) Hoffmann: I, 61, 33.

†) Hoffmann: I, 56, 3.

††) Das oder der Lôh. Die Lôh ist Sumpfstelle. Schmeller's Bayer. Wörterb. II, 460. Im Isländischen heißt gerade der Corylus: Iô.

†††) Abgedr. in Monum. Boic. VII, 373. c. An. 792.

Dieses und ähnlicher mit *hasel* zusammengesetzter Orts-Namen gibt es nun in Deutschland, namentlich in Bayern, an dem eine unten mitgetheilte Sage haftet, eine gute Anzahl. So nur bei Oefele Th. 2 n. 1 folgende: *Haslach*, (2, 612[b]), *Hasloch* (1, 326), *Hasalah* (2, 27[b], 242[b]), *Haselbach* (2, 14[b], 23[b], 1, 589[b], 591[a.b]), *Hasalpach* (2, 23[a], 42[b]), *Haselpuhel* (1, 692[a]), auch *Hasla* als Gut (1, 588[b]); ebenso Haselgrub, Haselhof, Haselmüle. — An dem Haselo im Elsaß haftet eine Sage vom heiligen Florentinus, da er auch vier Gerten um das Feld steckt. Die Sage hat Königshofen, S. 235 (Grimm deutsche Sagen, S. 98). Ob der in Cod. chartac. monac. 4°. de anno 1454 (Catal. p. 511) genannte Dichter Esselocher (Bl. 161) »von dem pawren knecht zuo Strawing« (d. i. Straubing) ein »Hesseloher oder ein Escheloher« war, ist unentschieden. Keineswegs aber kommen jene mit der *Hasel* — zusammengesetzten Namen von dem Mannsnamen *Hasso* *), *Hesso*, *Hessi* **) und *Hetzel* (Herzog von Bayern unter Otto I. (Oefel 2, 710[b]), *Hezilo* (1, 739[a]), *Hezilinus* (Bischof von Straßburg: I, 474[b]), von welchen Namen auch ein *Hezelpach* (I, 727[b]) vorkommt, ganz verschieden vom obigen *Haselpach*; eben so verschieden ist *Hasberg* (Oefel 2, 616[b]) ***) und *Hasfurt* (I, 326[b]).

Wie wir so von altersher so viele Ortsnamen nach der bedeutsamen Hasel benannt sehen, so lebt sie auch noch in großer Verehrung beim Volke. Sie liefert die Wünschelruthen, schützt gegen den Blitz, und am Tage der Himmelfahrt Mariä giebt sie einen wesentlichen Bestandtheil zum Kräuterbüschel, der dann in der Kirche geweiht wird †).

*) Der auch von *Hatto*, Hetto, Hetti verschieden ist. So kommt vor Bischof *Hatto* von Mainz und *Hettus* von Trier (Oefel 1, 445[b]).

**) Bei Wenk Hess. Gesch. Th. 2; Neugart, Ried, Tradit. fuldens. häufig. Bei Oefel 2, 86[b]: Otto de *Hasso*; 2, 582[b], 583[b], 684[a]: *Hesso* Markgraf v. Baden.

***) *Haslberg* ist bayerisch eine Gebirgsart, in denen das Erz nur einzeln und knollenweis vorkommt, wie Aichhas, Wildhas, eine Art großen Schwammes an Eichen ist. Schmeller: II, 244.

†) Schmeller: II, 245.

Und so wurde auch an Brunnen gern, wie der zauberverwandte Holunderstrauch, die Haselstande gepflanzt, und solche Brunnen scheinen besondere geheiligte Bedeutung und Beziehung gehabt zu haben. Wenigstens pflanzt Herzog Adelger von Bayern, nachdem er die Römer im Bayerland selber besiegt hat, seinen Schaft beim Haselbrunnen auf. Die Kaiserchronik des zwölften Jahrhunderts *) erzählt dies also:

> Alse der kuninc **) erslagen wart,
> Der *herzoge stackete sînen scaft*
> Zuo dem *heselînen brunnen* ***):
> »Daz lant hân ich gewunnen
> Den *beiern* ze êren;
> Diu marke diene in iemer mêre.«

Adelger siegend stößt seinen Ger in den Boden, wie Hürnîn Sîfrit (52), um zu schwören »sîn swert stiez in die erden«, oder wie Dietrich, als er Wittich verfolgt, der in's Meer flieht und versinkt, seinen Speer nachwirft, der noch dort steht, daß ihn Jeder sehen kann †).

An einen Eselsbrunnen, wie Ziegler 1562 in seinem Illustrium germaniae virorum Historiae aliquot singulares ††) von Herzog Theodo von Bayern, der ganz mit Adelger zusammenfällt, in den Worten sagt: »Profligatis iterum romanis victor Theodo *fontem asinorum* non procul a Pisonio *terminum* [die mark oben] inter Boios Italosque designauit«, ist bei einem »*Hesilînen brunnen*« gar nicht zu denken, obschon der Esel in bayerischer Sage nicht zu

*) Cod. palat. 361, Bl. 42 c. Die Sage hat bereits *Froumundus*, Historia fundationis monasterii Tegernseens. (bei *Pez* thes. Anecdot. 3, 3. S. 493 – 494) im 10. Jhd.

**) „Severus.“

***) Alle Handschriften haben: heselînen - hesleinen - heseleim.

†) Ok thar stendur *spiotscapt* enn i dag, ok thar má thar sié hver er thar kemur. Wilkina-Saga cp. 313.

††) Ingolstadt 1562. 4°. cp. 67.

mangeln scheint, wenigstens heißt es in einem Banngedichte des 14. Jhd. *):

Bi den funf *eselis* fusen,

Die die *Begere* brochtin vbir mer, **)

wo *Begere* jedenfalls die Beigere, Bayern sind. Vielleicht hängt diese verlorne Beziehung mit ihrer Herkunft von Armenien zusammen, welche die Kaiserchronik ꝛc. erzählt.

Uebrigens giebt es auch noch ein Flüßchen Haselbrunn.

*) Königsberger Handschrift (Hagen's Grundriß S. 345).

**) Das in der folgenden Zeile vorkommende: „Das dich *Hasehart* vorzer!“ erscheint auch in De vagorum ordine (in einem Münchener Codex, in Docen's Miscellan. 2, 193) „*Hashardi* minas“, das ist das — *Hasard*, gebildet wie nithart, frihart u. s. w.

Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz?

Beantwortet durch eine Classification der Rechte überhaupt

von

Puchta.

Die Frage, mit welcher ich den Inhalt dieses Aufsatzes bezeichnet habe, hat Savigny in seinem Recht des Besitzes am Eingang des sechsten Paragraphen aufgestellt. Wenn ich seine Beantwortung derselben bestreiten und eine andere dafür substituiren werde, deren entschiedene Richtigkeit ich erweisen zu können hoffe, so ist jener Ausdruck nicht das einzige, was ich von dem verehrten Manne als eine Waffe gegen ihn selbst entlehne; ich kann mir nicht denken, wie ohne ihn und sein Werk über den Besitz die folgende Erörterung und die Aufstellung meiner Ansicht hätte möglich werden sollen. Ausser der savigny'schen will ich noch zwey Meinungen über die Natur des Besitzrechts und die davon abhängige Stelle desselben im System der Kritik unterwerfen, ehe ich auf die Darstellung meiner Ansicht komme. Die zweite ist die, daß das Besitzrecht ein Recht an einer Sache sey, und ich werde mich hinsichtlich ihrer an Mühlenbruch, als den neuesten Vertheidiger derselben wenden. Was die dritte anlangt, — so wird von dieser noch immer früh genug die Rede seyn.

Der Classification des ius possessionis muß eine nähere Bestimmung des Ausdrucks: «Besitzrecht», oder was hier dasselbe bedeuten soll, «Recht des Besitzes» vorausgehen. Man

unterscheidet Recht zu besitzen und Recht des Besitzes. Das Recht zu besitzen, d. h. eine Sache im Besitze zu haben oder in Besitz zu nehmen, ist gar kein selbstständiges Recht für sich, sondern gehört zum Inhalt irgend eines andern Rechts z. B. des Eigenthums, einer Forderung, ja des Besitzrechts selbst. So ist auch die Befugniß eine Sache zu benutzen kein selbstständiges Recht für sich, sondern gehört zum Inhalt des Eigenthums, einer Forderung des Jus ususfructus u. s. f. Dem Recht zu besitzen setzt Savigny das Recht des Besitzes in dem Sinne entgegen, daß er darunter die rechtlichen Wirkungen des Besitzes, namentlich die possessorischen Interdicte versteht. Wenn nun auch das Recht der possessorischen Interdicte mit dem Namen: «Recht des Besitzes» belegt werden kann, so giebt es doch noch eine andere nothwendige Bedeutung dieses letzteren Ausdrucks, und die Vernachlässigung dieser kann als eine Ursache gelten, warum Savigny's Lehre über die Classification des Besitzes unbefriedigend geworden ist. Recht des Besitzes kann nämlich allerdings heißen: das Recht, welches der Besitz wirkt, wie Savigny es genommen hat, aber es kann auch heißen: «das Recht, welches der Besitz ist.» Der Besitz erzeugt nicht bloß Rechte, welche man allerdings Rechte des Besitzes nennen kann, sondern er ist selbst ein Recht und dieß muß man ebenfalls Recht des Besitzes oder Besitzrecht nennen. Eine anschauliche Analogie giebt das Eigenthum. Der Begriff: »Recht des Eigenthums« ist verschieden von dem Begriff: »Recht Eigenthümer zu seyn oder zu werden,« ein Recht (wenn man es so nennen will, denn ein selbstständiges Recht ist es nicht), welches z. B. der Eigenthümer hat, gegen welchen keine Condictio rc. statt findet (gegen wen z. B. die Condictio sine causa statt findet, der ist Eigenthümer, aber er hat gegenüber dem Kläger nicht das Recht, es zu seyn), oder derjenige, dem ein Anderer ad dandum verpflichtet ist. Das Recht des Eigenthums ist also davon verschieden; aber es bedeutet nicht bloß die Rechte, welche das Eigenthum wirkt,

die Befugnisse, welche im Eigenthum liegen, sondern auch und sogar vorzugsweise das Recht, welches Eigenthum ist, das Eigenthum selbst. Ich habe in dem bisherigen nur behauptet, daß Recht des Besitzes gegenüber dem Recht zu besitzen, nicht bloß die savigny'sche, sondern auch die zweite haben kann. Aber es ist noch weiter zu gehen und zu behaupten, daß der Ausdruck nur in dieser zweyten Bedeutung einen vollkommenen Gegensatz gegen das Recht zu besitzen bilde. Wer nämlich Recht des Besitzes in jenem Sinne nimmt, wo es die Wirkungen des Besitzes, also den Inhalt des Besitzrechts bedeutet, der hat dem Ausdruck noch gar keine generische Verschiedenheit von dem »Recht zu besitzen« beigelegt. Denn die Wirkungen des Besitzes, und namentlich die possessorischen Interdicte sind in der That nichts anders, als das Recht zu besitzen, insofern dasselbe als Inhalt des Besitzrechts gedacht wird. Mithin sagt die Unterscheidung des Rechts des Besitzes im savigny'schen Sinn von dem Recht zu besitzen nichts weiter als folgendes: das Recht zu besitzen kann der Inhalt sehr verschiedener Rechte seyn, unter andern auch des Besitzrechts selbst, und hier heißt es (das Recht zu besitzen) dann Recht des Besitzes.

Indem man das Recht des Besitzes seiner Natur nach classificiren, also die Classe von Rechten angeben will, in welche dieses Recht gehört, so nimmt man den Ausdruck in dem Sinne, worinn er von dem Recht zu besitzen gänzlich verschieden ist; man versteht darunter das Recht, welches der Besitz ist. Es ist vorhin gesagt worden, Savigny habe diesen Begriff vernachlässigt. Damit ist durchaus nicht gemeint, daß er ihn bey unserer Frage völlig übergangen habe. Vielmehr ist derselbe von ihm allerdings aufgestellt worden, nur daß er ihm bey der Beantwortung der Frage gleichsam unter den Händen wieder entschlüpft zu seyn scheint. So sagt Savigny in §. 5. ausdrücklich, daß der Besitz *ein Recht ist*, und *unter dieser Voraussetzung* wirft er im §. 6. unsere

Frage auf. So weit hat sich also auch bey ihm der hieher gehörige Begriff von Besitzrecht geltend gemacht. Aber von hier an ist in dem ganzen Paragraphen nicht mehr von diesem Begriffe die Rede; es schiebt sich vielmehr jene andere Bedeutung: »rechtliche Wirkungen des Besitzes« ein, und somit wird in der Beantwortung die Frage stillschweigend in die verwandelt: zu welcher Classe von Rechten gehören die Interdicte? Die eigentliche und vorangestellte Frage wird also in dem ganzen Paragraphen nicht beantwortet, sondern nur gesagt: die possessorischen Interdicte gründen sich auf obligationes ex maleficio, und der Besitz gehöre daher in's Obligationenrecht; während die bestimmte Antwort auf die Frage gewesen wäre: der Besitz gehöre zu den (Forderungs- oder was sonst für) Rechten, er sey ein solches Recht. Das Resultat ist mithin dieses, daß Savigny über unsern Gegenstand sich gar nicht erklärt hat. Das bisherige beruht auf der Voraussetzung: 1) daß der Besitz ein Recht ist, 2) daß das Recht des Besitzes, welches der Besitz wirkt, und dasjenige, welches er ist, unterschieden werden müssen, wodurch wir denn gefunden haben, daß Savigny die Frage nur für das erstere, keineswegs aber, wie es hätte geschehen sollen, für das letztere beantwortet habe. Daß nun jene Unterscheidung formell gemacht werden kann und muß, wird niemand läugnen; wohl aber könnte man behaupten, bey dem Besitz sey eben das eigne, daß materiell beides zusammenfalle; das Recht, welches der Besitz wirkt, sey eben das, welches der Besitz ist. Savigny habe also freilich nur das erstere, damit aber in der That auch das letztere, materiell gar nicht davon verschiedene Recht classificirt. Es läßt sich leicht zeigen, daß diese Instanz gegen unsere zweite Voraussetzung nicht statt findet. Denn jenes Zusammenfallen ist etwas schlechthin undenkbares: wenn man sagt, das Recht, welches der Besitz ist, sey nur dasjenige, welches er wirkt, so heißt dieß nichts anderes, als: er ist kein Recht. Denn daß ein Umstand Rechte wirkt, macht ihn

für sich allein noch nicht zum Recht; sonst müßte, um mich eines Beispiels von Savigny selbst zu bedienen, die justa causa traditionis auch ein eigenes Recht seyn, von welcher es niemanden einfällt, zu fragen, »zu welcher Art von Rechten sie gehöre?« Soll also ein Verhältniß ein Recht genannt werden, so muß noch etwas anderes hinzukommen, ausser seiner rechtlichen Wirkung; mit andern Worten: das Recht, was es ist, kann nicht bloß in dem Recht bestehen, was es wirkt. Mithin bleibt das Dilemma unausweichlich: entweder man erklärt den Besitz für ein Recht, dann muß man anerkennen, daß dieses Recht nicht bloß das ist, was er wirkt; oder der Besitz ist kein Recht, dann tritt er in eine Classe mit jener justa causa, mit der bloßen Detention, überhaupt mit allen factischen Umständen, welche im Recht von Einfluß sind, und die Frage, zu welcher Classe von Rechten er gehöre, ist ein Unding.

Mühlenbruch hat die Frage, was für ein Recht der Besitz sey, nicht bloß aufgestellt, sondern auch beantwortet, indem er von dem hiehergehörigen Begriff des Besitzrechts ausgeht, und dasselbe in die zweite Classe seines Systems, unter die Rechte an Sachen aufnimmt (Doctrina pand. §. 342. 343. fgg.) Das Besitzrecht ist also nach ihm ein Recht an einer Sache; mit andern Worten; der Gegenstand (vgl. Museum 3. Jhrgg. S. 124.) des Besitzrechts ist die Sache, welche besessen wird, denn an eine andere Sache kann Mühlenbruch nicht gedacht haben. Daß dieses unrichtig sey, wird sich aus folgendem ergeben. Der Besitz ist die (totale) natürliche Unterwerfung einer Sache unter den Willen, der Gegenstand des Besitzes also ist allerdings die Sache. Eben deshalb ist der Besitz als bloß natürliches Verhältniß genommen die Ausübung des Eigenthums, als der totalen rechtlichen Unterwerfung einer Sache. Aber eine ganz andere Frage ist: welches ist der Gegenstand des Besitzrechts? Wäre der Gegenstand des Besitzrechts die Sache, welche besessen wird, wie Mühlenbruch

behauptet, so wäre das Besitzrecht die totale rechtliche Unterwerfung der Sache, mithin von dem Eigenthum gar nicht verschieden. Denn Besitzrecht würde dann 1) die rechtliche Unterwerfung der Sache seyn (dieß ist nur ein anderer, ganz gleich bedeutender Ausdruck für: die Sache ist sein Gegenstand, oder: es ist ein Recht an der Sache), und 2) müßte es nothwendig totale Unterwerfung seyn, weil sonst der Begriff des Besitzes, welcher die Sache nicht bloß von einer gewissen Seite (wie die Jura in re), sondern ungetheilt die ganze Sache umfaßt, aufgehoben wäre, indem er zum Recht würde, also das Besitzrecht nicht mehr Besitzrecht seyn könnte. Die Römer haben allerdings manches Recht, welches materiell Eigenthum war, possessio genannt, aber daß sie umgekehrt jeden Besitz für eine rechtliche Unterwerfung der Sache gehalten hätten, wird niemand behaupten, der die Theorie des juristischen Besitzes sich vergegenwärtigt. Wenn nicht durch eine solche Annahme das Eigenthum selbst aufgehoben werden, und die natürliche Gewalt an die Stelle des Rechts treten soll (denn consequent kann keine rechtliche Unterwerfung mehr neben der natürlichen, die selbst schon jene rechtliche seyn soll, bestehen), so kann man nur durch die willkührliche Erklärung helfen, daß von zwey materiell ganz gleichen Verhältnissen (von denen jedes die totale rechtliche Unterwerfung der Sache, also Eigenthum ist) nur das eine dasjenige seyn soll, wozu man erst eben so willkührlich beide gemacht hat.

Der neuste Systematiker, Professor Gans, hat in dem Anhang seines »Systems des römischen Rechts« (S. 202—215) weitläufig von unserm Gegenstand gesprochen. Zum größten Theil enthält diese Abhandlung eine Polemik gegen Savigny's Ansichten, von welcher hier nur zweyerley hervorgehoben zu werden verdient, daß sie sehr schwach und sehr zahm ist (Prädikate, deren Verbindung bekanntlich bey jenem Autor, wo er auf einen solchen Gegenstand zu sprechen kommt, nicht gerade häufig eintritt), dann daß sie auf den kurzen Sinn der

langen Rede, den man am Ende zu erfahren hofft, begierig macht. Diese Hoffnung wird allerdings, wie sogleich gezeigt werden soll, gewissermaßen erfüllt, aber auf eine Weise, die uns über den Zweck der langen Rede erst recht zweifelhaft macht. Jener kurze Sinn, die eigene Ansicht des Kritikers, auf welche er seine Classification des Besitzes gründet, ist nämlich: der Besitz sey »anfangendes Eigenthum«. Vorausgesetzt daß dadurch für die Stellung des Besitzes im System etwas gesagt seyn soll, kann dieß nur darin bestehen: der Besitz ist nichts. Denn Eigenthum ist er nicht, weil er nur anfangendes seyn soll, was er eben sonst noch etwa seyn könnte, wird nicht gesagt. Wenn nun der Prof. Gans mehrere Blätter hindurch über die angebliche juristische Vernichtung des Besitzes durch Savigny's Ansicht sich beklagt, und am Ende doch nichts anders hervorzubringen vermag, als das, was er kurz zuvor an jenem bestritten hat, so ist dieß ein Beweis, daß er weder weiß, wovon die Rede ist, noch wovon er selbst redet. Es ist aber auch ein Beispiel höchst kläglicher Pfuscherey in die Philosophie, und schon deswegen verdient es hervorgehoben zu werden; denn die Philosophie hat schon oft für Sätze einstehen müssen, welchen die Geschichte widerspricht. Es ist ein philosophischer Satz, den der Prof. Gans nicht erfunden hat, daß bey jedem Fortschreiten in dem gegenwärtigen Moment auch der künftige, als der künftige gesetzt ist; wer wird dieß aber so verstehen, als sey der gegenwärtige nun auch schlechterdings nichts weiter als der zukünftige? Ich will jedoch lieber gleich die Sprache derjenigen Philosophie reden, welche unser Mann bekennt. Hier, wo es sich um die Stelle des Besitzes im System handelt, kam es vorzugsweise darauf an, die Realität des Besitzes, die reale Seite seines Daseyns zu bestimmen; bloß sein Anders seyn anzugeben, und zu wähnen, damit den Begriff vollkommen und namentlich für das System bestimmt zu haben, ist entweder eine große Gedankenlosigkeit, oder zeigt einen beden

tenden Mangel an philosophischer Bildung jeder Art. Der Satz, von welchem bisher die Rede war, hat auch noch einen andern Ausdruck erhalten, welcher der Stellung nach mit jenem gleichbedeutend seyn zu sollen scheint: »Wir betrachten den Besitz als anfangendes Eigenthum,« »als Eigenthum nach der Seite des besondern Willens.« Das Eigenthum nach der Seite des besondern Willens ist nichts als die natürliche Unterwerfung der Sache, mithin ist mit jenem Satz nur der natürliche Besitz beschrieben, für die Classification des Besitzrechts aber gar nichts damit gewonnen. Aus allem diesem ergiebt sich endlich, daß es eine sehr ungenaue Aeußerung ist, wenn gleich nach den angeführten Worten gesagt wird: »und wir stellen ihn (den Besitz) mit Mühlenbruch daher an die Spitze der iura in re« (daß soll heißen: der Rechte an Sachen). Wohin Prof. Gans den Besitz stellen will, darüber wird bey seiner Ansicht davon nicht leicht Jemand mit ihm rechten, denn das, was nichts ist, hat den Vortheil, überall Platz zu finden. Er kann ihn daher mit freier Wahl an jeden Ort, an welchen ihn ein Anderer stellt, auch stellen; aber dieses, und: mit jemanden stellen, sind bekanntlich zwey sehr verschiedene Dinge. Das letztere kann jener wenigstens nicht von Mühlenbruch sagen, der ein Besitzrecht anerkennt, und durch seinen Gegenstand seine Stelle im System zu finden sucht, wenn er sie gleich nicht gefunden hat.

Es könnte wohl seltsam scheinen, daß die Classification des Besitzes unseren Juristen bisher nicht gelungen ist. Ja dieser Umstand könnte auf das Besitzrecht selbst ein nachtheiliches Licht werfen, und so diesen oder jenen a posteriori auf den Gedanken bringen, welchen Prof. Gans nicht umhin konnte auszusprechen. Aber die Stelle im System, welche der Besitz einnimmt, ist nur deswegen nicht gefunden worden, weil die Classe von Rechten, zu welcher er gehört, selbst bisher nicht

aufgestellt worden ist, und das Besitzrecht mithin in den bisherigen Systemen in der That keine Stelle hat. Es lag insofern allerdings ein sehr richtiges Gefühl zu Grunde, wenn Heise den Besitz in den allgemeinen Theil verwies, wo er auch das Recht der Persönlichkeit, das Recht der Ehre abhandelt. Denn gerade mit diesen muß er ein gleiches Schicksal haben, da er wirklich in Eine Classe mit ihnen gehört; findet sich für diese keine Stelle in dem System der Rechte, so hat dieses auch für ihn keine. Es ist daher gerade das Gegentheil von dem, was Savigny im §. 6. sagt, zu behaupten: die Frage, zu welcher Classe von Rechten der Besitz gehöre, kann man nicht beantworten, ohne sich auf die Classification des ganzen Privatrechts einzulassen. Diese Classification soll nun hier folgen, obwohl ich einsehe, daß das neue System, welches ich an die Stelle des bisherigen setze, wegen seiner Neuheit durch die Kürze der Darstellung, welche an diesem Orte geboten ist, nicht eben gewinnen wird.

Der Inhalt des allgemeinen Willens über die rechtliche Freiheit (des Rechts im s. g. objectiven Sinn) besteht darin, daß er den einzelnen Willen, welcher durch Unterwerfung eines Gegenstandes wirklich wird, zum rechtlichen, zum Recht im s. g. subjectiven Sinne macht. Der Inhalt des Rechts sind also die Rechte. Auf diesen Inhalt unseres Rechts, und zwar unseres Privatrechts, ist die folgende Darstellung gerichtet. Ihr Plan ist, ein System desselben, welchem die Natur der verschiedenen Rechtsverhältnisse zu Grunde liegt, aufzustellen. Wir fragen nicht, wie lassen sich die Rechte classificiren, sondern wie classificiren sie sich selbst, welches ist der Grund ihrer Verschiedenheit? Rechtsverhältniß ist die Unterwerfung eines Gegenstands unter den rechtlichen Willen; diese Unterwerfung gewährt ein Recht an dem Gegenstand. Der Grund der Rechte, d. h. das was zum Grunde gelegt,

unterworfen ist (alles dieses drückt ein und dasselbe aus) ist ihr Gegenstand. Mit dem Ausdruck: Gegenstand eines Rechts, hat man häufig sehr unbestimmte Ideen verknüpft; um so nothwendiger ist es daher, voraus den Begriff zu bestimmen und festzuhalten, daß Gegenstand eines Rechts dasjenige ist, was vermöge dieses Rechts und unmittelbar durch dasselbe unserem Willen unterworfen ist. Hiernach ist es nun klar, daß die Verschiedenheit der Gegenstände eine Verschiedenheit der Rechte hervorbringt. Rechte an verschiedenen Gegenständen können nicht dieselben seyn, weil eine verschiedene Grundlage nothwendig eine Verschiedenheit dessen, wovon sie die Grundlage ist, gegenüber andern Rechten an andern Gegenständen erzeugt. Eben so ergiebt sich aus dem bisherigen, daß diese Verschiedenheit die des Grundes, also die Grundverschiedenheit der Rechte, und dadurch das Princip unseres Systems ist. Diese Grundverschiedenheit ist selbst von doppelter Art. Zuvörderst nämlich entsteht eine Verschiedenheit der Rechte durch die Verschiedenheit der Gegenstände. Insofern aber dann der nämliche Gegenstand wieder von verschiedenen Seiten der Grund eines Rechts seyn kann, so bringt auch diese Verschiedenheit eine Verschiedenheit der Rechte, die ebenfalls eine Grundverschiedenheit ist, hervor. Es giebt also 1) mehrere Gattungen von Rechten nach den Gattungen der Gegenstände, 2) kann es auch mehrere Arten von Rechten an demselben Gegenstande geben. Bisher ist gezeigt worden, daß die Verschiedenheit der Gegenstände, der Grundlage, eine Verschiedenheit der Rechte zur Folge haben muß; nun aber entsteht die Frage: ob dieses auch die einzige Quelle der Rechtsverschiedenheit ist, oder ob es nicht auch andere Quellen derselben giebt, welche mithin das System concurrirend bestimmen müssen, so daß alsdann gar kein einfaches Princip für dasselbe möglich wäre? Wenn die Frage so gefaßt wird, so läßt sie sich weder verneinen noch bejahen: nicht verneinen, denn wir finden Rechte an demselben Gegenstand, und an derselben

Seite des Gegenstands, welche dessenungeachtet verschieden sind; aber auch nicht bejahen, weil damit noch nichts über die Art, wie diese Verschiedenheiten im System berücksichtigt werden müssen, also über die in der Frage gezogene Folgerung entschieden ist. Mithin ist die Fassung der Frage unstatthaft. Das Bedenken aber, welches derselben zu Grunde liegt, beseitigt sich folgendermaßen. Nur die Verschiedenheit der Rechte, welche durch ihren Gegenstand erzeugt wird, kann eine Grundverschiedenheit genannt werden. Jede andere, nicht auf den Grund zurückzuführende Verschiedenheit kann mithin im System mit jener nicht eodem loco gehalten werden, sie ist mit ihr im wahren Sinn nicht concurrirend. Indem sie daher nur secundär darin zu Sprache kommen kann, so hat das System allerdings ein einfaches Princip in jener Grundverschiedenheit und ihrer einzigen Quelle, den Gegenständen der Rechte.

Es giebt nur drey, oder da der dritte sich in drey verschiedene, die in seiner Collectivbezeichnung enthalten sind, auflöst, fünf Gegenstände, welche dem rechtlichen Willen unterworfen seyn können, und hiernach denn auch fünf Classen von Rechten. Daß es nicht mehr giebt, wird niemand bestreiten; in jedem Fall kann ich es auf den Versuch ankommen lassen, wenn jemand Lust haben sollte, auf weitere Entdeckungen auszugehen. Umgekehrt ist eher zu besorgen, daß einer oder zwey dieser Gegenstände, welche bisher noch nicht als solche ausgesprochen worden sind, eben deshalb Anstoß erregen möchten, doch glaube ich auch hier meiner Sache gewiß zu seyn. Gesetzt aber auch, ich irrte mich darin, so wäre dieß nur ein Irrthum in der Ausführung; das Wesen des Systems, die Zurückführung auf die Grundverschiedenheit der Rechte, würde dadurch nicht berührt werden. Jene möglichen Gegenstände des rechtlichen Willens sind nämlich 1) Sachen 2) Handlungen 3) Personen, und zwar a) Personen ausser uns, b) Personen, welche außer uns existirt haben, aber in uns

übergegangen sind, c) unsre eigne Person. Es findet in dieser Stellung der Gegenstände eine stetige geschichtliche Progression statt, von dem äußerlichsten bis zum innerlichsten der rechtlich möglichen Gegenstände des Willens, da wir uns denken müssen, daß dem Willen zuerst das äußerlichste ins Bewußtseyn gekommen und Gegenstand geworden ist, und er erst von da an stufenweise zu den innerlicheren Gegenständen (als bewußten) fortgeschritten ist. Ich habe auch deswegen die Collectivbezeichnung: Personen nicht verschmäht (obgleich die Gegenstände a b c durchaus nicht Unterarten im Systeme sind), weil die Reihe a b c mit der Reihe 1 2 3 verglichen werden kann, und namentlich das Glied b dort zwar nicht in demselben aber in einem ähnlichen Verhältnisse steht, wie das Glied 2 in seiner Reihe. — die fünf Classen von Rechten, welche diesen Gegenständen entsprechen, sind folgende.

1) Rechte an Sachen; Sache im eigentlichen Sinn, als ein körperlicher außer uns existirender Gegenstand genommen. Die rechtliche Unterwerfung einer Sache gewährt ein Recht an der Sache, dingliches Recht. (Ich brauche diesen Ausdruck nie anders als so, daß er mit: Recht an Sachen gleichbedeutend ist, mithin für einen Begriff, dessen Gränzen der Begriff der dinglichen Klage weit überschreitet). die Sache ist entweder total unterworfen (Eigenthum) oder partial, d. h. von dieser oder jener Seite (iura in re). Die Unterscheidung ferner der Jura in re in solche, wonach die Sache von der Seite ihrer Benutzung (servitus etc.), und solche, wornach sie von der Seite ihres (Verkaufs-) Werths (Pfandrecht als ius in re) unterworfen ist, ist ebenfalls noch eine Grundunterscheidung. Von hier aus aber treten andre Quellen weiterer Untersuchung hinzu, der ersten Classe der Jura in re in Servituten, Emphyteusis, Superficies, und dann wieder der Servituten in mehrere Arten.

2) Rechte an Handlungen. Handlungen sind Aeußerungen des Willens, und von diesem nach ihrem natürlichen

Begriff nicht unterschieden und getrennt. Insofern würden sie kein selbstständiger Gegenstand der Unterwerfung seyn; der Wille des Handelnden wäre mit unterworfen, und die Rechte an Handlungen würden Rechte an Personen seyn. Aber sie sind ein selbstständiger Gegenstand der Unterwerfung geworden, indem man sie von dem Willen getrennt gedacht hat. Diese Trennung ist dadurch geschehen, daß man sie mit den Sachen, den unabhängig vom Willen existirenden Gegenständen, in Verbindung gesetzt hat. In dieser Verbindung stehen sie, insofern sie einen Sachwerth haben. Solche Handlungen, die einen ihnen vollkommen entsprechenden Sachwerth haben (so daß es dem, welcher sie zu fordern hat, rechtlich betrachtet nicht eigentlich um die Handlung selbst, sondern um den Werth derselben zu thun ist) bilden eine eigene Classe von Gegenständen. Rechte an solchen Handlungen sind die Forderungen, die Unterwerfung einer Handlung in diesem Sinn obligatio. Diese Classe von Rechten ist einerseits die mannigfaltigste, indem sich gar keine vollständige Aufzählung derselben denken läßt, andrerseits aber auch wieder die einfachste, da sie eben im Grunde doch nur Ein Recht, die Obligatio, enthält. Denn der Gegenstand, die Handlung, ist immer nur von derselben Seite dem Willen unterworfen. Hier stehen wir also wieder an dem Punkte, wo eine Verschiedenheit der Rechte durch andere hereinlaufende Ursachen erzeugt wird; wir treffen eine Verschiedenheit, welche keine Grundverschiedenheit ist.

3) Rechte an Personen außer uns. Wenn ein Mensch dem andern unterworfen ist, so ist dieß unterschieden 1) von dem Fall, wo der bloße Körper, als Sache angesehen (wie bey dem Eigenthum an Sclaven), von dem Fall, wo Handlungen eines Menschen, als von dem Willen getrennte betrachtet, Gegenstand des Rechts sind. Die rechtliche Unterwerfung eines Menschen kann nie eine totale seyn, weil der Mensch über die Sphäre des Rechts hinausreicht, sondern

sich immer nur auf eine gewisse Seite erstrecken. Diese Seite ist in unserem Recht zwar nicht allein das Vermögen, wohl aber giebt diese Beziehung auf das Vermögen, auf einen vollkommen in das Recht fallenden Begriff, den Rechten an Personen den bestimmtesten juristischen Charakter. Darum ist die Patria potestas so bestimmt ausgebildet, weil das Vermögen die Grundseite der Unterwerfung bildet, während das eheliche Recht einen viel unbestimmteren Charakter hat. Aber das Recht, welches Mann und Weib durch die Eingehung der Ehe erwerben, ist darum nicht weniger ein Recht an der Person; und es könnte eine Gewalt genannt werden (wie überhaupt die Rechte an Personen), wenn wir nicht gewohnt wären, mit jenem Wort eine viel bestimmtere und stärkere Unterwerfung zu bezeichnen, als z. B. die des Manns unter den Willen des Weibs ist. So ist nach der heiligen Schrift allerdings nur das Weib dem Mann unterthan, dennoch aber sagt Paulus (1 Kor. 7, 4) »das Weib ist seines Leibes nicht mächtig sondern der Mann. Desgleichen auch der Mann ist seines Leibes nicht mächtig, sondern das Weib.«

4) Rechte an in uns übergegangene Personen. Eine Person kann natürlich nur als juristische in uns übergehen. Die Veranlassung einer solchen juristischen Person ist das Vermögen, welches sie als natürliche gehabt hat. Vermögen (ein Inbegriff von Rechten — nicht etwa von Sachen oder Gegenständen) setzt immer eine Person voraus, der es zusteht, und existirt ohne eine solche schlechterdings nicht, eben so wie ein einzelnes Recht, ein Wille, ein Mögen überhaupt. Wenn daher die natürliche Person zu einem bestimmten Vermögen aufhört, und dennoch noch ihr Vermögen als verhanden gedacht werden soll, so muß die Fortdauer jener als juristischen in dem Vermögen angenommen werden, und erst dadurch wird auch der Uebergang des Vermögens für sich und als solchen (weder mit der natürlichen Person, noch bloß der einzelnen Stücke) an eine andere Person möglich. Ein Recht

an einem Vermögen (Recht an Rechten) ist ein Recht an der Person, der es zusteht. Ist die natürliche Person, der es zustand, gestorben, so tritt eine juristische an ihre Stelle, und daher ist namentlich das Erbrecht, wornach das fremde Vermögen uns unterworfen ist, ein Recht an der mit dem Vermögen in uns übergegangenen (juristischen) Person. Da ich das Erbrecht einmal genannt habe, so mag es mir vergönnt seyn, noch einige Worte darüber hinzuzufügen, obgleich mich das nächste Ziel dieses Aufsatzes zu der folgenden Classe von Rechten zieht. Unter Erbrecht verstehe ich nicht das Recht Erbe zu werden, sey nun die Hereditas schon delata, oder nicht einmal dieses, denn dieses kommt als selbstständiges Recht gar nicht in Betracht, und wenn auch, so wäre sein Gegenstand nicht etwa die Erbschaft (denn diese ist ja noch nicht unterworfen), sondern irgend ein anderer z. B. die eigene Person des Berechtigten. Erbrecht ist vielmehr das Recht, Erbe zu seyn, das Recht welches durch Adquisition der Erbschaft erworben wird, und durch die Hereditatis Petitio geschützt ist. Man stellt sich nun nicht selten vor, durch die Erwerbung der Erbschaft würden die beiden Vermögen (das eigne des Erben und die Erbschaft) Eines, weshalb denn auch z. B. der Erbe über den Bestand der Erbschaft für die Schulden des Erblassers hafte; das Beneficium Inventarii halte daher als etwas singuläres, und um diese Folge zu verhüten, die beiden Vermögen auseinander. Wenn nun hier das Erbrecht ein Recht an dem erbschaftlichen Vermögen genannt wird, so könnte man dagegen von jener Vorstellung aus einwenden, das Recht habe hiernach einen Gegenstand der mit seiner Erwerbung verschwinde, da die Erbschaft in dem Augenblick, wo sie erworben werde, wo also auch unser Erbrecht erst entstehe, aufhöre, ein eigenes, von dem des Erben unterschiedenes Vermögen zu seyn. Eben so könnte man denn auch von jener juristischen Person sagen, sie werde ja nur für die Zwischenzeit der hereditas iacens angenommen,

sie höre mit dem Antritt der Erbschaft auf; also könne unser Erbrecht weder ein Recht an der Erbschaft, noch an der juristischen Person seyn. Gegen jene Einwendung gewährt uns schon dieß einigen Trost, daß die Römer die Klage aus dem Erbrecht hereditatis petitio genannt haben; ist es ihnen widerfahren, daß sie ein Nichts zum Gegenstand der Klage, so verdienen auch wir Entschuldigung, wenn wir dasselbe Nichts zum Gegenstand des Rechts gemacht haben. Aber eben schon dieser Umstand kann uns auf die Unhaltbarkeit jener Vorstellung, welche die Voraussetzung des Einwurfs ist, aufmerksam machen. In der That ist die Voraussetzung, daß die beiden Vermögen durch die Erwerbung der Erbschaft Eines würden, rein erdichtet. Ich muß mich hier begnügen, neben der »hereditatis petitio« nur beispielsweise auf den Satz zu verweisen, daß Correalobligationen durch die Beerbung eines Correus von dem andern nicht aufhören, solche zu seyn (L. 93. de solutt. u. a.); eine weitere Ausführung würde hier nicht am Ort seyn. Dieß mag hier noch bemerkt werden, daß das Haften des Erben über den Bestand der Erbschaft kein Zeichen einer Vermischung ist; als ein solches könnte es nur etwa gelten, wenn die Schulden überhaupt Schulden des Vermögens wären. Denn nur dann könnte man sagen: daß nun auch das Vermögen des Erben schulde, sey ein Zeichen der (rechtlichen) Vermischung beider Vermögen. Das Beneficium inventarii verhindert nicht die rechtliche Vermischung, die auch ohne dasselbe nicht eintritt, sondern die factische, und sichert dadurch die erbschaftlichen Gläubiger, welche ausserdem, sofern der Erbe nicht über den Bestand der Erbschaft haftete, in eine schlechtere Lage, als gegen den Erblasser kommen würden. Mit der ersten beseitigt sich auch die zweite Einwendung, deren Voraussetzung, daß die juristische Persönlichkeit mit der Adquisitio hereditatis aufhöre, nicht haltbarer ist, als die erste. Denn wenn es wahr ist, daß noch nach diesem Zeitpunkt eine rechtliche Unterscheidung der Here-

ditas und des sonstigen Vergmögens des Erben als zweier Vermögen stattfindet, so müssen wir auch zwey Personen dafür haben, denn ein einfaches Subject kann nicht unmittelbar zwey Vermögen haben; und diese zwey Personen, welche im Erben vereinigt sind, können in keinem andern, als in dem von mir aufgestellten Verhältniß gedacht werden. So viel für jetzt. —

5) Rechte an der eigenen Person. Der Wille kann endlich sich selbst zum Gegenstand haben, womit sich der Kreis der möglichen Gegenstände der Unterwerfung schließt. Der Wille will sich, heißt so viel als: er will als Wille gelten, er will Anerkennuug seiner Freiheit, seiner Persönlichkeit. Die Persönlichkeit, insofern sie als ein Recht betrachtet, also insofern sie schon für sich und abgesehen von ihrer rechtlichen Verwirklichung in äußeren Gegenständen geschützt wird, ist ein Recht an der eigenen Person. Der Schutz, welcher sie als selbstständiges Recht erscheinen läßt, kann der Persönlichkeit 1) abgesehen von aller Verwirklichung in äußeren Gegenständen, also dem rein und ohne Zusatz sich auf sich beziehenden Willen zukommen, und hier heißt das Recht an der eigenen Person: Recht der Persönlichkeit (theils im allgemeinen, theils einer gewissen Stufe der Persönlichkeit, status, theils endlich der Persönlichkeit in einer gewissen moralischen Richtung, Recht der Ehre) 2) abgesehen nur von der rechtlichen Verwirklichung in äußeren Gegenständen, aber mit Hinsicht auf eine natürliche Unterwerfung derselben, namentlich der Sachen, und hier heißt das Recht an der eigenen Person Recht des Besitzes. Der Gegenstand des Besitzrechts ist also die eigene Person, der Wille des Berechtigten selbst. Und so sind wir denn am Schluß dieser Darstellung des Systems zu dem Recht gekommen, welches dieselbe veranlaßt hat.

Daß nun das Besitzrecht ein Recht an der eigenen Person ist, davon enthält unter Voraussetzung seiner Existenz schon das bisherige den Beweis. Denn da jedes Recht einen Ge-

genstand haben muß, und nur jene fünf Gegenstände existiren, so muß einer davon der Gegenstand des Besitzrechts seyn. Da dieses ferner keiner der vier ersten ist, wie hinsichtlich des ersten oben gezeigt worden, hinsichtlich der drey andern nicht des Beweises bedarf, so muß der fünfte sein Gegenstand seyn. Aber der Beweis davon läßt sich auch unmittelbar aus der Natur des Besitzes führen. Indem die natürliche Unterwerfung der Sache als natürliche, also abgesehn von ihrer etwanigen Eigenschaft als rechtlicher geschützt wird, so ist dieß nichts, als eine Anerkennung des Willens schlechthin. Wer in jener natürlichen Unterwerfung geschützt seyn will, will eben, daß sein Wille für sich anerkannt werde, er will (wie die populäre Sprache dieß so gut ausdrückt) seinen Willen haben. Wollte er etwas anderes, hätte sein zu schützender Wille (d. h. eben sein Recht, von dem hier die Rede ist) einen andern, außer ihm existirenden Gegenstand, so würde er schon nicht mehr den Schutz einer natürlichen Unterwerfung der Sache, sondern einer rechtlichen verlangen. Dadurch eben, daß er von dem Recht an der Sache abstrahirt, zieht er sich in sich zurück. Dieß wird durch folgende Bemerkungen noch klarer hervortreten. Bey dem Schutz eines jeden Rechts wird auch der Wille, die Persönlichkeit geschützt. Ist das Recht aber ein Recht an einem außer der Person existirenden Gegenstand, so wird hier die Persönlichkeit nur mittelbar geschützt. Dieser Schutz der Persönlichkeit liegt nun auch in dem Schutz des Besitzes; damit ist noch nichts besonderes für ihn behauptet, es ist ein Umstand, der für alle Rechte eintritt, also für den Schutz des Besitzrechts schlechterdings nicht geläugnet werden kann. Während nun aber bey jenen andern Rechten der Schutz unmittelbar diesen Rechten, der Persönlichkeit nur mittelbar ertheilt wird, so ist hier bey dem Schutz der natürlichen Unterwerfung kein solches Recht von einem äußeren Gegenstand, welches unmittelbar geschützt würde (denn es wird ja eben die natürliche,

nicht die rechtliche Unterwerfung geschützt), also ist es hier die Persönlichkeit, der Wille, der sich selbst zum Gegenstand hat, allein und unmittelbar, welcher als das zu schützende Recht anerkannt wird. Wir müssen beim Besitz ein Recht haben, welches geschützt wird, eine rechtliche Unterwerfung; in und mit dieser muß jedoch zugleich die natürliche Unterwerfung der Sache geschützt seyn, sonst wäre das Recht kein Besitzrecht. Dieser Schutz der natürlichen Unterwerfung verträgt sich aber nur mit dem Recht an der eigenen Person; jedes Recht an einem andern Gegenstand würde die natürliche Unterwerfung consumiren. Abstracter läßt sich das obige auch auf folgende Weise ausdrücken. Jede Unterwerfung eines Gegenstandes ist auch ein Zurückgehen des Willens auf sich selbst: ich will den äußeren Gegenstand, aber ich will doch denselben, ich mache ihn zu dem meinigen. So hat also auch hier der Wille, nur vermittelt sich selbst zum Gegenstand. Das Verhältniß also: ich will die Sache, hat zwey Seiten, 1) eine (unmittelbare) Beziehung des Willens auf die Sache, 2) die (mittelbare) Beziehung des Willens auf sich. Soll dieses Verhältniß ein Rechtsverhältniß seyn, so kann dieses Prädikat schon der ersten Beziehung zukommen, mithin schon die Unterwerfung der Sache das rechtliche seyn. Das ist aber bey dem Besitz nicht der Fall. Oder, wenn es dieser nicht zukommt, so muß es notwendig der zweiten Beziehung zukommen, die Beziehung des Willens auf sich ist das rechtliche Verhältniß, das Recht, und dieß muß daher beim Besitz der Fall seyn.

Dieser Beweis wird auch durch historische Argumente unterstützt. Dahin rechne ich namentlich, daß der Besitz durch Obligationen, und zwar Delictsobligationen geschützt ist, welche aus seiner Verletzung entstehen; gerade so wie auch die Persönlichkeit gegen Injurien auf gleiche Weise garantirt wird. Ueberhaupt sind alle Privatdelicte (Delicte, welche als Verletzung eines Privatrechts angesehen, und daher auf

dem Civilwege geahndet werden) Verletzungen der Persönlichkeit, keineswegs Verletzung eines Rechts an äußeren Gegenständen. Der Dieb z. B. verletzt allerdings auch das Eigenthum, und unterwirft sich der Vindication, aber das macht ihn nicht zum Dieb. Als Dieb thut er noch viel mehr, er bestreitet mir nicht dieses einzelne Recht, er erkennt meinen rechtlichen Willen überhaupt nicht an. Und so deutet denn schon die Art und Weise des Schutzes auf die wahre Natur des Besitzrechts. Ich enthalte mich, dieß noch weiter auszuführen, um nicht den Aufsatz ohne Bedürfniß für seinen nächsten Zweck zu vergrößern. Das aber darf nicht verschwiegen werden, daß wir hier an den Punkt gekommen sind, wo wir der savigny'schen Ansicht erst vollkommene Gerechtigkeit widerfahren zu lassen, wo wir ihre innere Wahrheit erst recht zu erkennen vermögen. In den bisherigen Systemen ist die Stellung des Besitzes (freilich nicht als eines Rechts) in's Obligationenrecht die einzig richtige, jede andere ist falsch. Von dem Recht der Ehre gilt ganz dasselbe. Savigny hat also in der That keinen falschen Schritt gethan, nur zurückgelegt hat er den Weg nicht. Aber würden wir an das Ziel gekommen seyn, wenn er nicht auf dem rechten Weg vorausgegangen wäre, so daß wir da anfangen konnten, wo er stehen geblieben ist, und stehen bleiben mußte, wenn er nicht entweder das ganze System des Privatrechts reformiren, oder auf die Abwege gerathen wollte, welche ihm zu betreten nicht zukam?

Zu dem von mir bey dieser Gelegenheit mitgetheilten Systeme mache ich schließlich die Bemerkung, daß wenn in der geschichtlichen Entwickelung die fünfte Classe von Rechten diese letzte Stelle einnimmt, eine dogmatische Darstellung dagegen sie als die erste zu setzen Grund hat. Der Inhalt dieser Rechte, die Persönlichkeit, geht allen Rechten als ihre Voraussetzung und Möglichkeit voraus, sowohl den Rechten an Gegenständen ausser uns, als den Rechten an unserer eigenen Person. Wenn nun diese letzteren einmal als Rechte ins Bewußtseyn gekommen sind, so stehen sie in einer unmittelbareren Verbindung mit jenem Prius aller Rechte als die übrigen, und dieß ist der Grund, warum eine Darstellung, welche auf den vorhandenen Kreis der Rechte, als solchen, gerichtet ist, sie als die erste Classe von Rechten setzen wird.

Ergänzende Zusätze zu diesem Heft des Museums.

Von

Hasse.

Zu III. über die Voconia.

Zu §. 1. Eine andre Auskunft findet sich noch in der Jena'schen Litteraturzeitung 1823 N. 34. Es finden sich hier zwey Behauptungen zusammen:

1) Crassus habe drey Töchter und einen Sohn gehabt. Darnach wären die Worte »si unica patri esset« so zu verstehen, daß die Einzigkeit nur fingirt würde. Dieß macht für unsre Untersuchung keinen Unterschied.

2) Daß eine der drei Töchter Vestalin gewesen, und daher gegen das Gesetz privilegirt gewesen sey. Dieß ist an sich unerweislich, und von diesem Privilegium spricht unsre Stelle gar nicht, wo vorher nur angedeutet wird, daß sie als Testatricin, nicht daß sie als Erbin ausgenommen gewesen sey. Grade aber unter der Voraussetzung, daß drey Töchter da waren, hätte ja Cicero das unmöglich so ausdrücken können, als gelte es von jeder Tochter des Crassus, daß wenn sie unica wäre ꝛc., er hätte ja den Zusatz Vestalis capta nicht weglassen können, um die Tochter zu bezeichnen, von der es sich allein mit Wahrheit sagen ließ. Auf jeden Fall ist diese Annahme fast noch willkürlicher als die Vermuthung, daß Crassus vielleicht nicht censirt gewesen.

Zu §. 19. Nimmt man an, daß die Consanguinea, so wie die Sua, namentlich im Gesetz ausgenommen war, so wäre

das Privilegium überflüßig gewesen, denn wenn diese auch keine Intestaterbin der Vestalin war, so blieb sie doch ihre Consanguinea. Waren aber die Intestaterbinnen als solche und in genere ausgenommen, was freilich am wenigsten Wahrscheinlichkeit haben mögte, so kann auch mit dieser Hypothese das Privilegium bestehen, denn die Vestalin hatte doch keine Intestaterbinnen, wenn es auch alle andern hatten. Hermann Schultz (disput. de iure succed. feminar. Traj. ad Rhen. 1826) scheint dieß S. 75. Not. 1. mit der Capitis demmutio, welche bekanntlich die virgo Vestalis capta nicht erleidet, in Verbindung zu bringen, was ich denn aber nicht begreife.

Zu dem Ende des §. 2. S. 189. Fragt man freilich, ob die Nichtigkeit wörtlich in dem Gesetz ausgesprochen war, oder ob dieß sich nach einer natürlichen Auslegung des Verbots dießmal von selbst verstand, (Rhein. Mus. I. 3. S. 245.), und verlangt man das Erstere zum Begriff einer Lex perfecta schlechterdings, so kann es mit Recht bezweifelt werden, ob die Lex Voconia eine solche war, und aus der Art, wie die Worte derselben referirt werden, läßt sich das nicht mit Sicherheit beurtheilen.

Zu Not. 43. auf S. 211. Unter ius civile ist wohl in Ulpian XVII. 19. vielmehr das ältere Juristenrecht zu verstehen, eben wie in Ulpian XXIV. 12. und Gajus II. 306. Vergl. L. 2. §. 5. D. de O. I. L. 74. D. de hered. instit.

Zu VI. Vom wechselseit. Testament.

Auf S. 277. Z. 4. v. o. ist die Parenthese so auszufüllen: S. 262.; auf S. 278. am Schlusse der Note eben so: S. 261.

Auf S. 273. Not. 25 ist S. 200 zu suppliren.

Rheinisches Museum

für

Jurisprudenz.

Herausgegeben

von

F. Blume, J. C. Hasse, G. F. Puchta
und Ed. Puggé.

Dritten Jahrganges drittes Heft.

Bonn,
bei Eduard Weber.
1829.

Inhalt.

Ueber das Wesen des sogenannten bonitarischen Eigenthums.

Von
Herrn Professor Zimmern in Jena.

I.

Inwiefern es die Wissenschaft fördern könne, die Frage nach der Entstehung und dem wahren Character des bonitarischen Eigenthums einer neuen Prüfung zu unterwerfen, darüber muß sich der gegenwärtige Versuch durch sich selbst rechtfertigen. In jeder Beziehung Neues darf man nicht erwarten. Grade das aber, was hier die Grundlage bildet, ist bis jetzt nur höchstens angedeutet worden, und hat keineswegs zu einer allgemeineren Anerkennung den Zugang gefunden. Noch einer Abhandlung in der vorliegenden Zeitschrift hat der Vorwurf gemacht werden können [1]) daß sie über das Wesen des in bonis esse weiter nichts zu sagen gewußt, als »es sey doch eine Art Eigenthum gewesen,« und daß sie die Unterschiede zwischen diesem Rechte und dem quiritarischen Eigenthume zu erklären, nicht einmal unternommen habe. Unter diesen Umständen wird eine Revision dieser Lehre zeitgemäß seyn. Ich glaube, daß für sehr bestrittene Punkte neue Argumente gewonnen werden können, und daß schon durch eine Gesammtbetrachtung für die richtige Beantwortung

1) Vgl. Tüb. krit. Ztschr. f. Rechtsw. IV,1. S. 65. fgg.

einzelner hier eingreifenden Fragen, Aufschluß und größere Sicherheit zu erlangen sey.

Wie uns Gajus (II. 40.) versichert, so gab es ursprünglich nur Ein Eigenthum, so bey den Römern, wie bey den Peregrinen. Bey jenen aber ist späterhin eine Theilung möglich geworden, so daß der Eine Eigenthümer war, aber der Andere die Sache im Vermögen hatte. Das ursprüngliche oder das ungetheilte dominium der Römer wird hier ex jure Qairitium genannt, und eben diese Bezeichnung behielt auch das Eine Stück des gespaltenen Eigenthums. Dagegen heißt das andere Stück nicht einmal dominium. Es wird also hier nicht gesagt, es habe späterhin zweyerley Arten von Eigenthum gegeben, ein quiritarisches und ein bonitarisches, sondern den Gegensatz bildet dominium (oder unum dm.) und dominii divisio, und es gibt vielmehr jezt dreyerley Verhältnisse: das ungetheilte dominium und seine beyden Theile, von welchen nur das Eine Stück den Namen des Ganzen beybehalten hat. Daß es Gajus so gemeint, ergibt sich sogleich daraus, daß er commentirend fortfährt: (II. 41.) *Nam* si tibi rem mancipi neque mancipavero, neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficietur, ex iure Quiritium vero mea permanebit (und dennoch ist sie in bonis eines Anderen, also dieses ex iure Qu. meum ein blosses Stück des ungetheilten Eigenthums), donec tu eam possidendo usucapias, wodurch sie erst pleno jure incipit, i. e. et in bonis et ex jure Qu. tua res esse [2]). Mit dieser bekannten Nachricht stimmt ein gleichfalls bekanntes Zeugniß Ulpians überein [3]). An einem andern Orte [3*]) sagt Gajus allerdings: cum apud cives Romanos *duplex* sit dominium, nam vel in bonis vel ex jure Qairit., vel ex utroque jure cujusquam ser-

2) Vgl. noch Gaj. II, 204.
3) Ulp. I, 16.
3*) Gaj. I, 54.

vus esse intelligitur etc. Aber wäre das in bonis auch als ein dominium angesehen worden, so hätte müssen von einem *triplex* dominium die Rede seyn, nun aber ist der Gegensatz so zu fassen: einmal das in zwey Theile getheilte und zweytens das in Einer Hand concentrirte Eigenthum, oder etwa: erstens das bloße ex jure Qu. ohne das in bonis und zweytens das mit dem in bonis esse vereinigte Eigenthum; denn jenes allerdings aber nicht auch das in bonis esse wird dominium genannt. Auch als ein recipirtes peregrinisches Eigenthum wird demnach das in bonis esse nicht dargestellt, vielmehr unterscheidet Gajus das peregrinische Eigenthum, welches ungetheilt gewesen, wie das alte Römische, und das in bonis esse, welches nur ein Stück des Römischen Eigenthums war. Daß aber nicht etwa die Spaltung selbst aus dem Verkehr mit Peregrinen erklärt werden müsse, ergibt sich wiederum daraus, daß sie bey Römern vorgekommen (cum apud *cives Romanos* duplex sit dominium), daß der Accipiens wie der Tradens Römer seyn konnten [4]), wie denn auch nur unter dieser Voraussetzung durch Mancipation oder in jure Cession, oder hinterher durch Usucapion das Eigenthum erworben werden konnte. Das in bonis esse für sich allein ist also eben so wenig wie das zurückgebliebene ex jure Quiritium das volle Eigenthum selbst, sondern jedes nur ein Theil desselben. Erst wer Beides vereinigt hatte [5]), ist von den classischen Juristen, wenn sie das ungetheilte Eigenthum mit Bestimmtheit bezeichnen wollten, pleno jure oder ex utroque jure dominus genannt worden. Obwohl ferner der Ausdruck ex jure Quiritium meum allerdings auch für das bloße ex jure Qu., das nudum jus Quiritium, gebraucht worden ist, wie man es seiner Unwirksamkeit wegen hernach bestimmter eben-

4) Si *civis Romanus* a *cive Romano* servum emerit, isque traditus ei sit, neque tamen mancipatus ei etc. sagt Ulpian a. a. O. Vgl. *A. G. de Schröter* Observ. jur. civ. Jen. 1826. p. 59. not. 17.

5) Gaj. I, 35: si quis alicujus *et in bonis et ex jure quiritium sit* - - - 167: cujus *et in bonis et ex jure Quiritium* ancilla fuerit.

falls genannt hat, so findet sich doch bey den classischen Juristen da, wo [6]) erweislich nur ein in bonis esse entsteht, nie der Ausdruck meum, nostrum, ejus est, oder es ist da, wo sich die röm. Juristen dieser Ausdrücke bedienen, nicht ein einzigesmal, wenn auch nur zur Abwechslung, von einem in bonis esse die Rede.

Zur Zeit der classischen Juristen entstand aber ein in bonis esse [7]), was sich zum Theil noch durch die weiter unten folgenden Erörterungen bestätigen muß,

1. Durch Tradition, und zwar das bloße in bonis esse,

a) bey res mancipi, denn von tradirten nec mancipi res wurde man ex utroque jure dominus [8]), und

b) dann, wenn der Besitzer den Eigenthümer durch litis aestimatio abgefunden hat; denn durch diese sogenannte traditio brevi manu wird man auctoris loco d. h. (auch wenn eine nec mancipi res der Gegenstand ist) nur kraft prätorischer Fiction als Eigenthümer behandelt [9]). Nämlich das Letztere, daß man nur ein prätorisches Eigenthum erlangt, ist

2. Ueberall der Fall, wo die Erwerbungsart selbst eine prätorische ist [*]), was von der Tradition, die juris gen-

6) Vgl. überh. Gaj. I, 15, 17, 35, 54, 167; II, 40, 41, 88, 196; III, 56, 166. Ulp. I, 16, 23; XIX, 20, XXIV, 7. u. 11 a.

7) Darüber ein Prinzip aufzustellen, und mehr Fälle als bisher geschehen anzuführen, hat Ribbentrop versucht, in seiner bey geringem Umfange recht gediegenen Anzeige eines oben schon gedachten Aufsatzes, Gött. Anz. J. 1828. St. 84. S. 827. fgg.

8) Gaj. II, 26, 41, 204; Ulp. I, 16.

9) L, 22 pr. D. de act. rer. amot. - - - qui litis aestimationem suffert, emtoris loco habendus est, ideo si mulier, cum qua rerum amotarum actum est, aestimationem litis praestiterit, *adversus vindicantem maritum vel heredem exceptionem habet, et si amiserit possessionem in rem actio ei danda est.* Vgl. L. 63. D. de rei vind. — L. 7. §. 1. D. de Publ. si lis fuerit aestimata similis est venditioni, et ait Julianus, si obtulit reus aestimationem litis, Publicianam competere. L. 1, 3. D. pro emptore, L. 21. §. 2 de evictt. — *Ribbentrop* ad L. 16. §. 5. D. de pignorib. Götting. 1824, 4. p. 7.

*) Zeitschrift f. gesch. Rechtsw. Bd. 2. S. 369. f.

tium ist und auch Römisches Eigenthum geben kann (an nec mancipi res), nicht gesagt werden kann. Das nur durch prätorischen Schutz bestehende Eigenthum ist aber nichts anderes als das in bonis esse, welches auch wirklich und mit Recht prätorisches Eigenthum genannt zu werden pflegt. Daß es nämlich kein ex jure Qairitium ist, versteht sich von selbst, weil der Prätor überhaupt kein civiles Recht zu verleihen vermag. Nun sagt uns Gajus in einer oft übersehenen Stelle (III, 80), daß die vom bonorum possessor [10]) erworbnen Sachen demselben nicht sogleich »pleno jure fiunt, sed in bonis efficiuntur« bis sie durch usucapio in's quiritische Recht übergegangen seyn würden. Der Zusammenhang zeigt, daß dasselbe auch von der bonorum emtio gilt [11]),

10) Auch Unterholzner in der mehrgedachten Abh. in diesem Museum Jahrg. 1. S. 130. hat die Stelle übersehen und sucht nur durch die allerdings wichtigen Argumente, wie das Recht des bonorum possessor nur durch tuitio praetoris und durch utiles actiones bestehe, und daß nach Varro (de re rust. II, 10.) aber nur wer „hereditatem *justam* adiit“ „dominus legitimus“ geworden, darzuthun, daß sein Eigenthum ein bonitarisches sei. Dasselbe ist schon im Jahre 1806 von Savigny deducirt worden, vgl. Hall A. L. Z. v. 1806 S. 140—142.

11) Unterholzner a. a. O. S. 130. Not. 4. und Mayer in der Tüb. krit. Zeitschr. a. a. O. finden eine Schwierigkeit darin, daß Varro a. a. O. „dominium legitimum“ entstehen läßt — „cum in bonis sectioneve cujus publice venit.“ Dagegen macht bereits ein anderer Recensent, G. F. Puchta in den Erl. Jahrb. der jurist. Litt. B. 4. S. 134. darauf aufmerksam, daß Gajus selbst, III, 80. offenbar auf Fälle verweise, wo die bonorum emtores sogleich das volle Eigenthum erlangen. Verbindet man drey von einander unabhängige Untersuchungen: Dirksen Beyträge z. Kunde d. R. Rechts (1825) S. 202. fgg. *Fr. C. G. Stieber* de bonorum emtione ap. veteres Romanos pars I. Lips. 1827, 8. Puggé in dies. Museum Jahrg. 2 (1828) S. 87 fgg. so ergiebt sich folgendes Resultat. Eine auch sectio genannte bonorum venditio kam schon lange vor der prätorischen bonor. proscriptio von Staatswegen vor, und zwar hastae subjiciebantur ea, quae *publice* venundabant, fest. v. hastae. Sie trat ein, sowohl wenn die Güter selbst dem Staate verfallen waren (bona damnatorum, proscriptorum), als wegen, wenigstens gewisser, Foderungen des Staates, wenn namentlich Jemand publico judicio zu einer mulcta oder litis aestimatio verurtheilt worden. Es entstand civile Universalsuccession und quiritisches Eigenthum. Hingegen wegen privata debita hat der Prätor Rutilius die prät. bonorum venditio

und wenn also für andere Fälle des prätorischen Erwerbs der Ausdruck in bonis nur durch Stellen aus Justinians Compilation nachgewiesen werden kann, wo freylich seine technische Bedeutung oft zweifelhaft ist, so verschlägt das um so weniger, als aus denselben Gründen warum in Einem, so auch in jedem andern Falle der Art nur bonitarisches Eigenthum entstehen kann. Es ist das also der Fall bey allen übrigen Arten prätorischer Universalsuccessionen (vgl. nr. 3.), und bey singularum rerum acquisitio beyspielsweise (denn auf casuistische Vollständigkeit kommt es nun hier gar nicht an), wenn der ex causa noxali in Anspruch genommene Sklave von seinem Herrn nicht vertreten und so blos Kraft obrigkeitlichen Befehls vom Kläger an sich genommen wird [12], oder wenn das überwachsende Holz vom Herrn des Baums nicht abgeschnitten und daher kraft des Edicts »tunc quominus illi eam arborem adimere *sibique habere* liceat, vim fieri veto«, vom Nachbar an sich genommen [13], oder wenn jemand damni infecti causa ex secundo decreto mittirt wird [13*]. Wenn ferner der Prätor mittelst einer restitutorischen Klage das durch Usucapion verlorene Eigenthum widergibt [14], so kann es, vom Prätor gegen das Civilrecht durch Fiction ertheilt, nicht wiederum das quiritar. Eigenthum selbst seyn [15];

eingeführt, welche nur eine solche Succession und solches Recht erzeugen konnte, wie es einem Prätor möglich war.

12) L. 26. §. 6. D. de nox. act. — — Jussu enim Praetoris ductus in bonis fit ejus qui duxit L. 2. §. 1. si ex noxali causa — quod ductus servus in bonis ejus esse coepit. S. Unterholzner a. a. O. S. 131. L. 6. de Publ. si servum ex causa noxali, quia non defendebatur, jussu Praetoris duxero et amisero possessionem competit mihi publiciana. Vgl. auch L. 28 D. de nox. actt.

13) Tit. D. de arborib. caedendis.

13*) L. 5. pr. L. 15. §. 15. sqq. de damno inf. L. 5. comm. div. L. 3. §. 23. de poss. Den dagegen erhobenen Bedenklichkeiten begegnet G. F. Puchta in den Erl. Jahrb. III. 30. verb. mit Mayer in den Tüb. Zeitschr. a. a. O. S. 67. S. auch Unterholzner in diesem Mus. a. a. O. S. 131.

14) §. 5. J. de actt. L. 1. §. 1. L. 21. D. ex quib. caus. maiores L. 24. C. de R. V. (3, 32).

15) Ribbentrop a. a. O. S. 829. fg.

die Klage wird als eine einjährige rescissoria bezeichnet [16]) und Publiciana genannt: nämlich perpetua sey, heißt es in L. 35. D. de O. et A., die Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur, *sed cum rescissa usucapione redditur*, anno finitur, quia contra ius civile datur. In L. 57. D. mand. kömmt nun ein solcher Fall vor, wo es heißt, daß der, welcher durch Usucapion seine Sclavin verloren hat, Publiciana actione non inutiliter [17]) acturum, cum exceptio iust dominii *causa cognita* detur, d. h. da dem Eigenthümer die exceptio nicht schlechthin gegeben wird, und so dann im vorliegenden Fall versagt werden muß. Das iustum dominium hat also allerdings der, welcher usucapirt hat, der Andre wird nur vom Prätor als Eigenthümer behandelt. Die adiudicatio gibt zwar Eigenthum ex iure Quiritium, aber in den iudiciis imperio continentibus kann sie dieses nicht, sie hat da nur dieselbe Wirkung, welche direct durch iudicium legitimum erreicht wurde, es entstand also wiederum nur durch prätorische Vermittlung, d. h. bonitarisches Eigenthum [18]).

3. Auf Veranlassung des Senats oder kaiserlicher Constitutionen konnte gleichfalls die prätorische Vermittlung eintreten. So wird die durch das sct. Trebellianum begründete Universalsuccession nicht direct, sondern nur durch utiles actiones realisirt [19]), sowohl was die universalis in rem actio betrifft, d. h. die fideicommissaria hereditatis petitio als die speciales actiones, und hinsichtlich der Obligationen wie der corpora, an welchen prätorisches [20]) Eigenthum, also ein in

16) L. 28. §. 5. D. ex quib. caus. maj.

17) Daß so, und nicht *utiliter* gelesen werden muß, ergiebt sich aus dem Zusammenhang von selbst.

18) Arg. Vat. fr. §. 47. L. 44. §. 1. fam. ercisc. Vgl. Keller über Litiscontestation ꝛc. Zürich 1827. S. 115.

19) Gaj. II, 253. — — — Praetor utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponatur. §. 4. I. J. de fid. hered. — — post quod sctum. Praetor utiles actiones etc.

20) L. 24. §. 1. fam. ercisc. familiae ercisc. judicium et inter bonorum possessores et *inter eum, cui restituta est hereditas ex Tre-*

bonis essse entstehen mußte [21]). So war auch der, cui libertatis causa bona addicuntur kraft der constitutio Divi Marci [22]), prätorischer Successor, welcher »bonorum possessori assimilari debet« [23]), also nur bonitarisches Eigenthum erlangen konnte. So war vielleicht auch das an der Sclavin und ihrem Vermögen ex scto Claudiano erlangte Recht [24]) nur ein prätorisches. Denn überhaupt scheint grade der Senat nur sein Placet ausgesprochen zu haben, die Realisirung dem Prätor überlassend, wie z. B. das sctum Velleianum, dessen Worte noch überliefert sind, und zufolge deren die Bürgschaften der Frauen alsdann mittelst prätorischer Hülfe und daher nur durch exceptio und rescissoria actio, unwirksam wurden.

Die Erwerbungsarten des wirklichen Eigenthums, das meum, nostrum esse schlechtweg oder mit dem Zusatz ex iure Quiritium, oder des dominium, wie es schon bei Gajus und Ulpian genannt wird, werden nur in iure civili (civiles) oder iuris gentium (naturales) acquisitiones eingetheilt [25]). Zu den letzteren auch die prätorischen Acquisitionen zu rechnen, würde durchaus nicht gerechtfertigt werden können.

belliano scto, et ceteros honorarios successores locum habet. L. 2. §. 19. pro empt. — — — Hoc et in bonorum possessione et in fideicommissariis, *quibus ex Trebelliano restisuitur hereditas*, *ceterisque Praetoriis succcssoribus* observatum est. L. 9. §. 6, 7. de interr. in jure. Ist also der Fideicommissar prätorischer Successor, vergl. Hasse im Archiv f. civ. Prax. B. 5. S. 46. fgg., so können ihm die dadurch übergehenden Eigenthums- und Foderungsrechte nur Kraft prätor. Rechts zustehen.

21) L. 63. pr. D. ad sct. Treb. facta in fideicommissarium restitutione, statim omnes res *in bonis* fiunt ejus, cui restituta est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem L. 12. §. 1. D. de Publ. Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Pnbliciana. — Daß hier bonitarisches Eigenthum entstehe, hatte schon Löhr bemerkt in seinem Magaz. B. 3. S. 221. S. jetzt Mayer und Ribbentrop a. a. O.

22) Tit. I. de eo cui libert. causa bona addicuntur.

23) L. 4. §. 21. D. de fid. libert. (40, 5.).

24) Meine Gesch. des R. Privatr. Bd. 1. §. 199. Vielleicht auch das Recht an dem pretii participandi causa verkauften Sclaven.

25) Gaj. II, 65. §. 11. I. und Theoph. de rer. divis. In fine. I. de usu. L. 23. pr. D. R. V. L. 1. pr. D. de A. R. D.

Denn 1. alle die acquisitiones, welche in unseren Quellen als naturales bezeichnet werden, sind schon ihrer ganzen Natur nach iuris gentium und bey den Römern im Ganzen und wenigstens in mancher Beziehung wirksam gewesen, bevor noch ein prätorisches Recht existirt hat, so die occupatio herrnloser Sachen (der Typus für die s. g. originären) und die traditio (der Typus für die s. g. derivativen Acquisitionen). 2. Das Resultat einer solchen Acquisition wird in unsern Quellen als ein nostrum esse nicht als ein in bonis esse bezeichnet (s. unten), mit einziger Ausnahme der traditio rerum nec mancipi, wovon hernach zu sprechen ist. Endlich läßt 3. die Natur mancher prätorischen Acquisitionen über ihren rein römischen Ursprung keinen Zweifel, wie z. B. die iure praetorio begründeten Universalsuccessionen auf Analogie des Civilrechts beruhen. Ob überhaupt dem ius gentium nie per universitatem succedere bekannt gewesen, ist sehr zu bezweifeln. Nun ist aber auch nichts natürlicher, als daß schon das bloße meum est in dem Munde eines Römers römisches Eigenthum bezeichnet; da aber ohnehin das in bonis esse weder Eigenthum heißt, noch vom Standpunkte des blossen Civilrechts aus ein Eigenthum seyn kann, indem es hier nur als ein Stück des Eigenthums erscheint: so folgt, daß in bonis esse und nostrum esse (wirkliches Eigenthum) zweierley seyn muß. Da ferner die prätorischen Acquisitionen weder zu den civilen noch zu den naturalen gehören, und da doch diese beyden Arten die einzigen seyn sollen, welche Eigenthum geben: so folgt wieder, daß das in bonis esse kein Eigenthum war. Das stimmt nun eben damit, daß es nur durch Fiction, nicht an sich, nicht dem rechtlichen Grundsatz nach, nicht iure als Eigenthum betrachtet werden kann, überein. Daher wird dieses blos prätor. Eigenthum als ein »possidere iure dominii« bezeichnet *). Possidere ist der technische Ausdruck, und nur diesen gebraucht

*) L. 15 §. 33. de damno inf.

das Edict, aber ein solcher possidere iussus ist *domini loco*, wie der bonorum possessor heredis loco, ist blos »*a Praetore* dominus constitutus«, wie allenfalls auch noch ein Römischer Jurist sich ausdrücken konnte *). Fragt man aber, wenn entsteht gradezu, wenn nur ein prätorisch vermitteltes Eigenthum? so ist schon folgendes Princip aufgestellt worden [25a]): »Beruhte der Erwerb auf dem Civilrecht, einerley, ob blos auf diesem, oder zugleich auf ius gentium, so gewährte er quirit. Eigenthum, beruhte er hingegen auf dem prätorischen Recht, einerley, ob blos auf diesem, oder ob, wie bey der Tradition einer res mancipi, zugleich auf ius gentium, so gewährte er nur bonitarisches Eigenthum.« Indessen gibt grade die Tradition bald quirit. bald bonit. Eigenthum. Will man sie in jenem Falle eine civile in diesem eine prätorische Acquisition nennen, so ist es ja eben nur wieder die Wirkung, um derentwillen sie so bezeichnet wird, und es bleibt also die Frage, wann jene oder diese Wirkung eintrete? immer unbeantwortet. Vielmehr geben sämmtliche iuris gentium acquisitiones so gut Eigenthum wie die civilen s. Nr. IV., und nur die Tradition [26]) aber auch nur bey gewissen Sachen hat diese Wirkung nicht. So weit nämlich ist das civile ius dem ius gentium hindernd entgegen getreten, d. h. das römische Recht hat sich bey einigen Gegenständen mit blosser Tradition nicht begnügt. Wie es aber gekommen, daß durch Tradition solcher Sachen dennoch ein in bonis esse entstanden, das bedarf der Nachweisung, und zwar um so mehr als ich glaube, theils daß

*) L. 15. §. 16. 17. eod. Wenn es aber in L. 5. pr. eod. heißt: Praetoris officium est, ut missus in possessionem, etiam eam per longi temporis spatium in suum dominium capere possit, so ist die Interpolation unverkennbar. Oft bezeichnet auch hier dominium erst das durch die Ersitzung entstandene Recht, so in L. 5 D comm. div. und vielleicht auch in L. 15. §. 17. cit. als ein bloßes *possidere* iuberi wird das durch das zweite Decret erlangte Recht oft bezeichnet, im Edict selbst L. 7. pr. eod. und z. B. L. 15 §. 17. L. 18 §. 15. eod.

25a) Vgl. ob. Not. 7.

26) Vom Erwerb der Accession abgesehen, wo das Prinzip entscheidet, daß sie der res principalis folgen.

das Wesen des in bonis esse selbst dadurch erklärt wird, theils daß hier grade zuerst die Wirkungen entstanden sind, welche wir durch den Ausdruck prätorisches Eigenthum bezeichnen können, und welche der Prätor alsdann auch da hat eintreten lassen, wo nicht einmal eine iuris gentium acquisitio vorlag, sondern wo er selbst erst Eigenthumserwerb zu begründen für gut gefunden hat. Das Princip aber würde ich einfach also aussprechen: Zur Zeit des klassischen Pandektenrechts gaben sowohl die iuris civilis als die iuris gentium acquisitiones wirkliches Eigenthum, mit Ausnahme der traditio mancipi rerum; indessen hat hier und noch in vielen andern Fällen der Prätor, so weit er es vermochte, fictionsweise dieselben Wirkungen eintreten lassen, wodurch aber der Begriff prätor. Acquisitionen und prätor. Eigenthums entstanden ist.

II.

Zur Zeit, als noch ein prätorisches Recht überhaupt nicht existirt hat, konnte doch und mußte, wenn man ins wirkliche Leben hineinsieht, es öfters sich ereignen, daß Jemand eine mancipi res einem Anderen eigenthümlich überlassen wollte oder (der Verabredung gemäß) sollte, aber nun einmal nicht den formellen Weg des Mancipirens oder in jure cedirens einschlagend, blos tradirte. Es mußte das noch häufiger vorkommen, wenn etwa, was ich aber nicht behaupte, ehemals keine Sache durch blosse Tradition veräußert werden konnte, also mit anderen Worten, wenn die Unterscheidung von mancipi und nec m. res keine ursprüngliche gewesen, sondern alle Sachen so zu sagen mancipii waren. Wenn nun aber der Empfänger durch die Tradition auch nicht das Eigenthum, so hat er doch freylich immer den Besitz erlangt, jedoch der Tradens, welcher seinerseits das Eigenthum nicht verloren hat, konnte vindiciren. Da solches durch eine legis actio geschah, jede ipso iure begründete legis actio aber durchgehen mußte,

weil Exceptionen erst im Formularprozeß entstanden sind [27]), so vermochte jener Besitz nicht gegen die Vindikation in Schutz genommen zu werden. Allein als durch prätorische Vermittlung die weitgreifende doli exceptio aufgekommen, und als es überhaupt Grundsatz geworden, daß jede Klage als iniqua zurückzuweisen sey, durch welche man seine eigenen Handlungen angreifen, also wortbrüchig werden würde, so konnte jener vorher vermißte Schutz nicht ausbleiben [28]). Denn es mußte sogar als Niederträchtigkeit erkannt werden, wenn jemand eine Sache lediglich deshalb wieder vindiciren wollte, weil er selbst sie in rechter Form, wie er sollte, zu übertragen versäumt hat. Daß also zur Zeit des ausgebildeten prätorischen Rechts ein solcher Schutz hat ertheilt werden müssen, das läßt sich nach dem ganzen Wesen dieses Rechts nicht läugnen, und muß also auch ohne einen äußeren Beweis zugestanden werden. Aber auch das Resultat einer solchen Exception ergibt sich von selbst. Der Tradens bleibt dem Rechte nach Eigenthümer, kann aber sein Eigenthum nicht geltend machen, weil er den Besitz de facto nicht hat und de iure nicht erlangen kann. Sein wirkliches, nach civilrechtlichen Grundsätzen gar nicht abzusprechendes Eigenthum, sein ex iure Quiritium ist dennoch ein unwirksames, ein nudum ius. Der Empfänger seinerseits ist blos Besitzer, durchaus nicht Eigenthümer; da ihm aber der Eigenthümer den Besitz nicht entziehen darf, so kann er ohne Verantwortlichkeit über die Sache so verfügen, als wenn er wirklich Eigenthümer wäre. Insofern also kann er die Sache seinem Vermögen zuzählen, er hat sie in bonis; denn so lange er nur den Besitz festhält (die Vindication fehlt ihm, wenn auch nicht die Interdicte wegen Besitzes-Entziehung) genießt er die materiellen Vortheile des Eigenthums, die der wirkliche Eigenthümer entbehrt.

27) Gaj. IV, 108.
28) L. 17 D. de evictt.

Grade so nun finden wir auch den Stand der Dinge in den Quellen. Das, was die Römischen Juristen in bonis esse nennen, und was ihrem Zeugniße zufolge durch Tradition entstanden, wo hätte mancipirt werden müssen, gewährt vollständigen Fruchtgenuß s. Nr. IV., namentlich am Sklaven die potestas [29]), und durch denselben erwirbt man in jeder Beziehung [30]); Manumission von Seiten dessen, der am Sklaven nur ein nudum ius Quir. hat, ist wirkungslos [31]), und nur vereint mit der Manumission von Seiten des s. g. bonitarischen Herrn gibt sie die libertas als rechtlich anerkannten Status, wobey zwar auch eine Wirksamkeit für den blos quiritarischen Eigenthümer eintritt, die Tutel, während immerhin die reellen Vortheile des Patronats, wie die Beerbung, dem zu Gute kommen, welchem nun einmal der factische Genuß seiner Innehabung nicht geschmälert werden durfte [32]). Da er aber eben nicht das Eigenthum selbst, sondern nur den factischen, prätorisch geschätzten Genuß desselben hatte, so vermochte auch seine Manumission allein gleichfalls nur factische Freyheit, nicht die libertas als einen im Staate anerkannten Status zu gewähren; aber diese hat der Prätor in Schutz genommen, bis sie durch die lex Junia zur Latinität erhoben worden, obgleich doch nur für die Lebenszeit des Entlassenen. Dieselbe factische, dann prätorisch geschützte, zuletzt latinische Freiheit genoß aber auch der Sklave, welchen sein wenn auch quiritarischer Eigenthümer nur nicht in der

29) Gaj. I, 54 . . . servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eius non sit; nam qui nudum ius in servo habet, is potestatem habere non intelligitur.

30) Gaj. II, 88 . . . sciamus si alterius in bonis sit servus, alterius ex iure Quiritium, ex omnibus causis ei soli per eum acquiri, cuius in bonis est. Gaj. III, 166. Qui nudum ius Quir. in servo habet, licet dominus sit, minus tamen iuris in ea re habere intelligitur, quam usufructuarius et bonae fidei possessor, nam placet, ex nulla causa ei acquiri posse. Ulp. XIX, 20.

31) Gaj. I, 167. Fragm. Dosith. §. 11 (9.)

32) Gaj. I, 167. Ulp. XI, 19. Meine Geschichte des R. P. Bd. 1. S. 873.

civilrechtlichen Form, also durch sein blosses gleichviel in welcher sonstigen Weise kundbar gemachtes Wort freygegeben hat. Auch dieser Sklave hat dem Rechte nach Sklave bleiben müssen (»olim *ex iure Quiritium* servos fuisse« *)), was bey nicht formeller Veräußerung prätorischen Schutz gegen Wortbrüchigkeit, wodurch der Entlassene ohne s. g. status libertatis dennoch seiner Freyheit sicher war. Wie derjenige, welcher nur factische Herrschaft hatte, auch mehr nicht als eine factische, späterhin aber vom Prätor anerkannte Freyheit geben konnte, eben so hatte die blos factische Freygebung auch von Seiten des rechtlichen Herrn nur dieselbe, zunächst prätorische, dann zur Latinität erhobene Freyheit zur Folge [33]. Und eben so wie durch eine civilrechtlich nicht anerkannte Veräusserung nur factischer Eigenthumsgenuß, so entstand durch die civilrechtlich nicht anerkannte Freygebung nur factischer Genuß der Freyheit, bis dieser wie jener durch prätor. Hülfe gesichert worden. Aber jenes ist so wenig wirkliches Eigenthum, als dieses wirkliche Freyheit [34]. Jenes war nie in bonis, dieses nie in libertate esse, oder jenes wie dieses beruhte auf tuitio praetoris (s. Not. 33.), und wie in Folge blosser Tradition einer mancipi res, so blieb auch in Folge

*) Gaj. p. 140 l. 10.

33) Der Kürze wegen verweise ich über diese ganze Entwicklung auf meine Gesch. a. a. O. §. 201. — Vgl. aber, wie sich Gajus ausdrückt (p. 140. l. 9 . . . eos, qui nunc Latini Juniani dicuntur, olim *ex iure Quiritium servos* fuisse, sed *auxilio Praetoris in libertatis forma* servari solitos — — postea vero per legem Juniam eos omnes, quos Praetor in libertate tuebatur liberos esse coepisse — also nun erst waren sie **wirklich frey**, obwohl sie doch noch als Sclaven starben. Ulp. I, 10. Hodie autem ipso iure liberi sunt ex lege Junia.

34) Z. B. die politischen Rechte der Libertinen standen den factisch Freyen offenbar nicht zu, sie waren iure Sklaven, Leute ohne Status. Was sie erwarben, gehörte ihnen daher gleichfalls nur factisch, iure ihrem Herrn, der zwar für jetzt den Genuß entbehrt, eben weil dieser dem Sklaven selbst zugesichert ist, aber ihn dereinst peculii iure erwirbt; und das galt sogar dann noch als diese Freyheit zur Latinität geworden. Gaj. III, 56. §. ult. I. de succ. libert. L. un. C. de Lat. lib. toll. Ferner das Kind einer nur factisch freyen Sklavin war Sklave. L. 4 C. de fid. lib. (7, 4).

factischer Freygebung des Sklaven ein nudum ius Quiritium zurück, welches jedoch hier in so fern wirksam geblieben, daß noch durch iteratio die juristische Freyheit (überhaupt die Civität) gegeben werden konnte [35]. Es ist keine neue Bemerkung, daß die unter dem Namen der rei venditae et traditae bekannte exceptio es war, welche grade in dem gewöhnlichsten Falle, des Verkaufs, gegen die Vindication des Tradenten sicher stellte [36], also das in bonis esse schützte, oder, wie ich sagen würde, durch den Schutz das in bonis esse begründete [37]. Daß das nudum ius Quir. in andre Hand gegeben nicht wirksamer seyn konnte als in der ersten Hand, ist wiederum allgemeinen Grundsätzen gemäß, und wenigstens insoweit als noch im Just. Recht die rei v. et tr. exceptio zur Anwendung kömmt, ist sie auch wirklich dinglich in d. S. (passiv in rem) [38]. Daß umgekehrt der, welcher eine Sache in bonis hat, solche weiter veräußern kann, und daß der neue Erwerber so viel Recht erlangen müsse, als sein Vorgänger hatte, mithin der Exception sich ebenfalls bedienen durfte, daß sie also auch von der Seite (activ) in rem gewesen, kann gleichfalls kein Bedenken leiden; denn die Unwirksamkeit des Rechts beruht ja nicht auf Gründen, welche sich blos auf die Person des ersten Empfängers beschränken. Der neue Erwerber hätte wegen Eviction seinen Regreß gegen den Vorgänger, und es würde

35) Meine Gesch. a. a. O. S. 778.

36) Vgl. schon *Conradi* de mancipi et nec m. rerum differentiis cap. 4 §. 8. Hugo Rechtsgesch. 10te Aufl. S. 479, aber auch wenigstens schon in der dritten Aufl. (§. 153.) Glück Comment. B. 8 S. 67 und viel später angeführt von *Michelsen* Diss. cit. p. 24., worin diese als Savignys Ansicht ausführlich entwickelt wird.

37) Selbst Hugo drückt sich also aus: . . . es »gab der Umstand, daß die Sache in bonis von Jemand war, die rei vend. et trad. exceptio« u. s. w.

38) L. 3 D. de exc. rei v. et tr. (21, 3). Exceptio rei v. et trad. non tantum ei cui res tradita est, sed successoribus etiam eius, et emptori secundo, etsi res ei non fuerit tradita, proderit, interest enim emptoris primi, secundo rem non evinci. §. 1. Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius, sive in eam duntaxat rem successerint.

folglich jene Vindication immerhin grade gegen den ersten Empfänger iniqua seyn. Es wird auch wirklich die rei v. et tr. exceptio dem Successor ebenfalls gestattet [38]). Daß übrigens die auf den dolus concipirte, s. g. doli exceptio specialis, wenigstens bey onerosem Erwerb, nicht ex doli auctoris zuläßig ist, das steht mit den hier vorgetragenen Grundsätzen über eine in factum concipirte Exception nicht im Wiederspruche [39]).

Die bisher geschilderte Entwicklungsweise war nur nothwendige Folge allgemeiner Grundsätze. Sie beweist sich also schon durch sich selbst. Ausdrücklich aber bezeichnen Gajus und Ulpian die Entstehung des in bonis esse als Resultat einer Spaltung des Eigenthums unter den Röm. cives selbst. Ein ganz analoges Verhältniß finden wir ohnehin bey der Manumission. Ist hier das in libertate esse nur eine gegen Wortbrüchigkeit vom Prätor in Schutz genommene factische Freyheit, so ist um so mehr auch das in bonis esse als ein gegen Wortbrüchigkeit in Schutz genommener Besitz zu betrachten. Darum wird er nie mit einer von den Benennungen belegt, deren man sich zur ausschließlichen Bezeichnung des Eigenthums bediente. Dagegen wird auch das unwirksame Eigenthum dennoch dominium oder ex iure Quiritium, also eben so wie das volle, mit dem wirksamen Rechte, dem in bonis esse, verbundene Eigenthum genannt, weil es nämlich *iure* nicht aufgehört hat, wirkliches Eigenthum zu seyn. Der Ausdruck ex *utroque* iure alicuius esse ist aber schon ein Resultat des anerkannten prätor. Eigenthums. Der Zeit nach konnte jene Spaltung dann erst als per formulas processirt werden, und mußte eintreten, sobald die doli exceptio in dem oben bezeichneten Umfange zur Ausbildung gekommen.

39) L. 4 §. 28 — 31 de doli exc. vgl. mit L. 4. §. 27 eod. De auctoris dolo exceptio emptori non obiicitur — — aber peraeque traditur, *rei quidem cohaerentem exceptionem etiam emptori nocere*, cam tamen quae ex delicto personae oriatur, nocere non oportere — und damit vgl. man die Stelle in der vorigen Note S. *Michelsen* Diss. cit. §. 4.

Ob da auch schon der Ausdruck in bonis esse als ein technischer gebraucht worden, ist freilich eine andere Frage. Daß nun aber ein solches in bonis esse keineswegs ein recipirtes peregrinisches Eigenthum war, ist von selbst klar. Doch braucht man es darum nicht in Abrede zu stellen, daß

1. Ein solcher nach Grundsätzen des Röm. Rechts exceptionsweise geschützter Besitz bey den Peregrinen vielleicht den ganzen Inbegriff ihres Eigenthums ausgemacht hat. Diese, darf ich sagen, zufällige Uebereinstimmung würde aber keineswegs die Annahme rechtfertigen, daß ein Verhältniß, welches bey den Römern, wenn auch der Begriff des peregrinischen Eigenthums ein ganz anderer gewesen, dennoch auf die oben bezeichnete Weise entstehen konnte oder mußte, selbst als peregrinisches Eigenthum angesehen werden dürfte.
2. Daß etwa auch den Peregrinen die Exception zu Gute gekommen, wenn ein Römer in der Absicht zu veräussern an sie tradirt hat. Ja man muß das annehmen, weil durch Mancipation u. s. w. die Peregrinen überhaupt nicht erwarben, in dieser Form gar nichts an sie veräussert werden konnte, man müsse denn behaupten wollen, daß mancipi res gar nicht, auch nicht auf naturalem Wege, Gegenstand des Verkehrs mit Peregrinen seyn durften — eine Annahme, mit welcher im Grunde schon die sogar dem Feinde wirksam zugestandene s. g. bellica ocupatio im Widerspruche steht (vgl. Note 131).

Das Resultat ist also dieses: So wenig kann der Römer peregrinisches als der Peregrine römisches Eigenthum haben, und um so weniger konnten die Römer um ihrer selbst willen ein peregrinisches Eigenthum recipiren, als sie ja selbst ein dominium hatten, welches auf jeden Fall noch wirksamer war, als das der Peregrinen. Eigenthum also ist in eines Römers Hand Römisches, in eines Fremden Hand fremdes — grade

wie die Ehe unter Röm. cives von selbst eine Römische, unter oder mit Fremden von selbst iuris gentium ist. So wenig wie es Röm. cives, so fern sie cives bleiben, auch nur möglich war, zu bewirken, daß ihre Ehe zwar eine gültige aber doch blos peregrinische sey — so wenig konnte ein Römer Eigenthum erwerben, zu einem meum esse gelangen, welches doch kein römisches wäre.

Daß aber das in bonis esse in der That wirksamer ist, als das Eigenthum der Peregrinen, das ist erwiesen schon durch die usucapio. Zu einer Zeit, als nicht allein der Name des in bonis esse sondern auch die Sache, d. h. der Schutz durch Exception, noch nicht existirte, nämlich zur Zeit der XII Tafeln und vorher (da die Usucapion an sich gewiß keine Neuerung der XII T. war), konnte der in der redlichen Absicht, Eigenthümer zu werden, erlangte Besitz durch Fortsetzung in wirkliches Eigenthum umgewandelt werden. Die usucapio ist aber civilis acquisitio, also und bekanntlich den Peregrinen fremd. Die XII Tafeln haben sich, wie wir wissen, ungefähr so ausgedrückt: »usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus« [40]. Wie der Besitz beschlossen und entstanden seyn müße, damit Usucapion zuläßig sey, das sagen sie nicht näher. Die Jurisprudenz aber hat den Grundsatz frühe schon [41] so verstanden, es müsse derjenige Besitz seyn, welchen späterhin die ausgebildete Kunstsprache theils als ein in bonis esse, theils als eine bonae fidei possessio bezeichnet hat, d. h. die Interpretation verlangte redlich beabsichtigten, aber freilich nicht realisirten Eigenthumserwerb; ob es nun darum nicht realisirt worden, weil ein non dominus den Besitz übertragen hat, oder darum, weil der übertragende dominus nicht die rechte Form gewählt hat, das konnte keinen Unterschied

40) Die Gründe für den Vorzug, welcher dieser Wortfassung unter den Restitutions-Versuchen gebührt, s. bey Dirksen über die Zwölf-Tafel-Fragmente. S. 409 fgg.

41) Usucapion ist das „ius bonae fidei emptoris vetustissimum", L. 12 §. 8. de capt. (49, 15).

machen [42]). Hat man ja am Ende auch noch in einem dritten Verhinderungsfalle, wenn nämlich der Auctor zu veräußern unfähig war (Furiosus, Pupill, ohne Tutor), Usucapion gestatten wollen [43]). — Daß der Provinzialboden nicht usucapirt werden konnte [44]), ist bekannt. Wenn man also auch die possessio dieses Bodens mit dem s. g. bonitarischen Eigenthum allerdings vergleichen darf [45]), so ist sie doch wenigstens durch die Unzuläßigkeit der Usucapion eben so von dem wirklichen in bonis esse verschieden, als das Recht der Peregrinen an der ihnen in der Absicht Eigenthum zu verleihen, von einem Römer tradirten Sache [46]). Für den Begriff und die Entstehung des in bonis esse unter den Römern und an den des römischen Eigenthums fähigen Sachen ist also das Verhältniß des Provinzialbodens eben so unbedeutend [47]),

42) Veranlaßt durch Gajus, welcher erst anfangsweise von der Usucapion des bonae fidei Possessors spricht, und als von etwas, was receptum sey (Gaj. II, 43, 44 mit 41 u. 42) verbunden damit, daß Justinian hier nur das ius civile als Quelle nennt (pr. J. de usuc.), hatte ich angenommen, daß diese Usucapion nur auf doctrineller Ausdehnung der gesezlich bey dem *in bonis esse* begründeten Usucapion beruhe, Meine Gesch. des R. P. Bd. 1. S. 55. Anm. 7. Dagegen hat jezt Unterholzner in seiner Verjährungslehre (Bd. 2. S. 73. Not. 573) gezeigt, wie das aus der Darstellung des Gajus keineswegs folge. Freylich ist damit auch nicht das Gegentheil erwiesen. Offenbar hat das Gesez selbst, dessen Worte uns ja im Wesentlichen überliefert sind, die feine Unterscheidung gar nicht gemacht, im Grunde nur die Zeit bestimmt, in der wirklichen Praxis und Doctrin aber hat man in den beyden Fällen (wer vermag zu sagen, ob zuerst, wenn der Eigenthümer oder wenn ein Dritter tradirt hat?) nach Ablauf der gesezlichen Zeit das Eigenthum zugestanden.

43) L. 2 §. 15, 16 pro emptore. L. 7 §. 2. D. de Publ. in rem act.

44) Gaj. II, 46. L. un. C. de usuc. transform.

45) Savigny Besitz, 5te Aufl. S. 96. Mayer a. a. O. S. 74 fg.

46) In einer neuern Abh. (*Guyet* de Public. in rem actione, Heidelberg 1823. §. 7) wird die Entstehung der Publicianischen Klage zunächst aus den Provinzialedicten abgeleitet, indem die possessio des Provinzialbodens als bonae fidei possessio zu betrachten sey, und nur freilich die Beziehung auf Usucapion aus der Klage wegfalle. Allein diese Beziehung ist grade das wesentliche Fundament der Public. actio, und auf keinen Fall würde sich erweisen lassen, daß die zum Schutz des Usucapionsbesitzes ertheilte Klage älter sey, als die dem Innhaber des Provinzialbodens gegebene in rem actio. Vgl. übrigens Note 49 a.

47) Vgl. auch Unterholzner in dies. Museum a. a. O. am Ende.

als die subjective Rücksicht auf den Verkehr unter oder mit Peregrinen; gesetzt auch das Recht an jenem Boden oder das Eigenthum der Peregrinen sey übrigens im Effect oder in der Art der Geltendmachung noch so wenig von dem in bonis esse verschieden.

Der Usucapionsbesitz in seinem ganzen Umfange hat aber noch eine eigenthümliche Wirkung durch in rem actio erhalten. Die Publiciana in rem actio zum Schutz des vor vollendeter Usucapion den Besitz verlierenden bonae fidei Possessors ist zur Genüge bekannt. Daß aber auch derjenige Besitz, welchen die Kunstsprache, es sey vor oder nachher, durch alicuius in bonis esse bezeichnet hat, gleichfalls mit in rem actio geschützt worden, das wird meines Wissens wenigstens nicht in Abrede gestellt. Auch liegt es in der Natur der Sache, daß der durch den Eigenthümer selbst ertheilte Besitz nicht unwirksamer bleiben konnte, als die bloße bonae fidei possessio. Nur darüber wird in unseren Tagen wieder gestritten, ob die dingliche Klage des s. g. bonitarischen Eigenthümers wirklich die Publiciana gewesen, was man früherhin, wenn man überhaupt auf die Frage gekommen, unbedenklich angenommen hatte [48]. Was ich zum Beweise dieser mir nie zweifelhaft gewordenen Identität auszumitteln im Stand war, ist Folgendes.

1. Zunächst beruht der ganze, daß ich so sage, civilistische Mechanismus der Publicianischen Klage auf der Fiction vollendeter Usucapion. Ob man, und ob allenfalls mit Hülfe einer zweyten Fiction [49], auch den Peregrinen oder dem Besitzer des Provinzialbodens dieselbe in rem actio alsdann ebenfalls gegeben habe, das kann hier auf sich beruhen [49 a].

48) Vgl. Hugo in den älteren Ausgaben der Rechtsgeschichte, Savigny Besitz a. a. O. Ballhorn-Rosen über Dominium S. 109, 125. und jetzt *Michelsen* Diss. cit. p. 32. sqq. *Ribbentrop* Diss. cit. p. 44. not. und in der angef. Recension S. 829. Hingegen a. M. sind die Note 58 zu nennenden Schriftsteller, und Unterholzner im Mus. a. a. O. S. 139.

49) S. Hasse in dies. Museum B. 1. S. 121. Note.

49 a) Allerdings aber scheint es gerade die Publiciana in rem actio zu seyn, welche, etwa durch Vermittlung des Provinzialedicts, bey dem Provinzialboden zulässig geworden. Bekanntlich vertritt hier longi

Denn es ist nur die Rede vom Schutze des Besitzes, welchen ein Römer von einem Römer an irgend einer des Röm. Eigenthums fähigen Sache ableitet, und welcher aber wegen mangelnder Formen bis zur supplirenden Usucapion bloßer Besitz zu bleiben sich begnügen mußte. Gleichwie nun aber die Usucapion nicht auf die bonae fidei possessio beschränkt ist, so läßt sich nicht einsehen, warum für die auf fingirter Usucapion beruhende in rem actio eine solche Beschränkung vertheidigt werden soll. Daß nur die bonae fidei possessio nicht das in bonis esse in Collision mit dem wirklichen Eigenthum nachsteht, vereinigt sich damit vollkommen. [50]) Denn die Publiciana actio wird durch die dominii exceptio (»si ea res possessoris non sit«) entkräftet [51]). Dieser Exception kann aber auch wieder

temporis praescriptio die mangelnde usucapio. Dasselbe ist der Fall bey den überhaupt analog behandelten agri vectigales Paul. V, 2 §. 4. L. 15 §. 27. D. de damno inf. L. 1 fin. C. de praescr. longi temp. und ich kann nicht einsehen, warum Unterholzner Verjährungslehre, Bd. 1 §. 58. vgl. mit §. 45. die l. temp. exceptio nur gegen die Pfand- und nicht auch gegen die Eigenthumsklage der Städte gestatten will. Nun aber sagt L. 12. §. 2. de Publ. in rem: „In vectigalibus et *in aliis praediis* quae usucapi non possunt, publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt«, überhaupt wenn die Bedingungen der l. t. praescriptio vorhanden sind. Paulus hat wohl gradezu geschrieben: „et in provincialibus“ oder: „et in tributariis et stipendiariis praediis“, und erst die Compilatoren mögen das oberflächlich allgemeine et in aliis substituirt haben. Die Voraussetzung, daß auch wo keine usucapio aber doch wenigstens l. temp. praescriptio zuläßig, auch die Public. Klage gestattet war, rechtfertigt sich 1. dadurch, daß sie so natürlich und der analogen Fortbildung der Rechtsinstitute ganz gemäß ist; 2. daß nun die L. 12. §. 2. cit. eine befriedigende Erklärung gefunden hat, und wird 3. nothwendig, wenn die unt. III. a. E. mitgetheilte Erklärung der L. 8. pr. C. de praescr. 30 ann. bestehen soll. Man hat sich freilich auch schon auf die L. 12 §. 2. cit. berufen, um die Voraussetzung selbst, als sey Usucapionsfähigkeit des Objects zur Begründung der Public. actio nöthig zu bestreiten. Allein dann widerspricht L. 9. §. 5. de Publ. »Haec actio in his quae usucapi non possunt, puta (z. B.) furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet.« Vielmehr scheint 4. dieser Widerspruch nur auf die hier versuchte Weise gehoben werden zu können.

50) Noch ein bekannter Unterschied findet sich beym Erwerb durch einen in bonis befindlichen oder bona fide besessenen Sklaven, Gaj. II. 88 u. 92; Ulp. XIX, 20, 21, welcher Unterschied folglich nicht allgemeiner Natur ist.

51) L. 16, 17 D. de Public. in rem act. L. 28 de nox actt. L. 4 §. 32. D. de doli exc

eine Replik entgegen stehn, insbesondere die rei venditae et traditae replica grade da, wo der **verklagte** Besitzer zur exceptio berechtigt gewesen wäre [52]), oder also seinen Besitz vom Eigenthümer selbst ableitet, mithin der s. g. bonitarische Eigenthümer schlägt die Einrede des wirklichen Eigenthums (die »exceptio *justi* dominii« [53])) durch die Replik zurück, daß der Beklagte selbst sein Eigenthum wirkungslos gemacht habe. Dagegen muß der bonae fidei possessor welcher diese Replik nicht haben kann, dem Eigenthümer nachstehen. Seine **Klage** braucht also deshalb keine andere zu seyn, als die des s. g. bonitarischen Eigenthümers [54]). Das beweisen ja auch die bekannten Fälle, in welchen dem bloßen bonae fidei possessor die rei venditae et traditae (s. Note 52) oder sonst ein doli replica [55]) zusteht. In eben diesen Fällen aber er-

52) L. 72 de R. V. L. 2 de exc. rei v. et tr. L. 4 §. 32. cit.

53) Vgl. L. 16 de Publ. L. 57 mandati.

54) Aber **Unterholzner** hat sich durch jene Verschiedenheit im Resultate allerdings irre führen lassen. Seine Worte (im Mus. a. a. O. S. 141) sind folgende: »Die Publiciana in rem actio war aber natürlich von derjenigen, welche bey dem in bonis esse Statt fand, sehr verschieden; denn während diese auch gegen den Eigenthümer wirksam war, so daß dessen Recht in ein nudum jus Quir. verwandelt wurde, ist dieses bekanntlich bey der Publiciana, einige Ausnahmen abgerechnet, keineswegs der Fall.« Allein so wenig wie in diesen Ausnahmsfällen, so wenig bedarf es überhaupt einer anderen **Klage**, um diese verschiedene **Wirksamkeit** zu erklären, die man nur nicht mit der Begründung verwechseln darf. Uebrigens ist gelegentlich auch schon die entgegengesetzte Meinung geäußert worden, die Publiciana actio sey für das in bonis esse entstanden, und auf die bonae fidei possessio ausgedehnt worden, nämlich (was ich nur noch aus dem Gedächtniß anführen kann, von **Franke** in den Gött. G. A. 1827 S. 152. und von G. F. **Puchta**, das Gewohnheitsrecht Th. 1 S. 36 fg. Ich glaube, das läßt sich so wenig erweisen, als daß die usucapio bey der b. f. possessio jünger sey als bey dem in bonis esse, s. oben Note 42. Vielmehr wie das Gesetz von usus auctoritas gesprochen, die Doktrin aber in jenen beyden Fällen usucapio gestattet hat, ohne daß man sagen kann, wo zuerst: so, denke ich mir, sind die Edictsworte: »wenn eine Tradition nur Usucapionsbesitz gewährt, so gestatte ich mittelst fingirter Usucapio in rem actio« bereits von der Interpretation in jener doppelten Beziehung zur Anwendung gebracht worden, ohne daß ein Verhältniß von früher oder später in Betracht kommen könnte, s. im Text Nr. 4. u. 5.

55) L. 28 D. de nox. actt.

scheint die b. f. possessio in ihrer Wirkung so gleich dem oben construirten in bonis esse [56]), daß

2. auch überhaupt die jetzt nur in besonderen Fällen anwendbare, auf eine vorher allgemeinere Anwendung zurückweisende exceptio rei v. et tr. ein Argument dafür gewährt, daß hinsichtlich der actio gleichfalls kein Unterschied zwischen dem in bonis esse und der b. f. possessio bestanden hat. Denn die Publiciana actio steht jedem zu, welcher als Beklagter sich der rei v. et tr. exceptio bedienen kann (Note 52.), und wenn wir oben aus anderen Gründen nachgewiesen haben, daß die Tradition von Seiten des Eigenthümers nothwendigerweise zu einer solchen Exception berechtigen mußte, so ist consequenter Weise auch dieselbe actio hier zu erwarten.

3. Auf eine andere als diese in rem actio verweist uns kein Zeugniß. Zwar haben wir durch die Institutionen des Gajus die Nachricht erhalten, daß es zur Verfolgung des Eigenthums eine zweifache formula in rem gegeben, die per sponsionem und die petitoria [57]). Und da ist denn sogleich eine beyläufige Aeußerung Hugo's [58]) von so manchem festgehalten worden, nämlich die petitoria formula sey grade die Klage des bonitarischen Eigenthümers gewesen [59]). Allein die Unrichtigkeit dieser Meinung läßt sich auf das entschiedenste darthun. »Petitoria formula haec est, qua actor intendit, rem suam esse« sagt Gajus. Daß aber durch suam (nostrum)

56) Das hat auch Unterholzner a. a. O. Note 13) bemerkt. Ribbentrop will hier zum Theil wirklich bonitarisches Eigenthum annehmen. Es kömmt im Grunde auf Eins hinaus, und es beweist das um so mehr, wie sehr diese beyden Rechtsverhältniße ineinander laufen, und wie um so weniger behauptet werden kann, die Klage sey eine andere in dem Einen, wie in dem anderen Falle.

57) Gaj. IV, 91, 92, 93.

58) »Etwa die petitoria formula« sagt Hugo in der 9ten (S. 438), „schwerlich die petitoria formula" in der 10ten (S. 480) Auflage seiner Rg.

59) *Regenbrecht* Comm. ad l. 36 D. de A. R. D. et l. 18 de R. C. Berol. 1820, p. 19. *Haubold* Epicris. Antiqq. Rom. Heineccii p. 950. *Guyet* Diss. cit. p. 14, zum Theil auch *Michelsen* Diss cit. p. 36. Ferner Schrader in der Tübinger krit. Zeitschr. I, 2 S. 77. Mayer das: a. a. O. S. 72.

esse nicht das in bonis esse bezeichnet wird, davon war schon die Rede und soll es noch unten seyn. Auf jeden Fall sagt Gajus sogleich darauf auch von der Form »per sponsionem«, es komme dabey auf den Beweis an »rem nostram esse«, gleichfalls ohne den Zusatz ex jure Quiritium [60]. Darum hat man auch schon die petitoria formula sowohl dem Quiritarischen als dem bonitarischen Eigenthümer zugeschrieben [61], und allerdings ist so viel wahr, daß auch die Publiciana mit petitoria formula concipirt worden, d. h. arbitraria war. Der Unterschied zwischen der petitoria formula und der sponsio ist der, daß hier, wenigstens formell, nicht über das Eigenthum, sondern über die sponsionis summa gestritten wird, zu welchem Ende der Beweis des Eigenthums (si probaverimus) die Bedingung ist, während bey petitoria f. das Eigenthum selbst Gegenstand der intentio ist [62], deren Beweis alsdann den Befehl unmittelbarer Auslieferung der Sache mit seinen weiteren Consequenzen zur Folge hat Die prätorischen in rem actiones, die Publiciana nämlich und jede andere sind sämmtlich nur arbitrariae, die Vindicationen aber konnten auch per sponsionem so wie bey den Centumvirn geltend gemacht werden, weshalb der §. 31. I. de actt. nur jene, als ausschließlich arbitrariae, aufzählt. Jede petitoria formula ist arbitraria, d. h. so concipirt, daß

60) Vgl. Ribbentrop Diss. cit. p. 3. not.

61) Hollweg über die Competenz des Centumviralgerichts in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. B. 5. S. 388, 398. Unterholzner a. a. O. S. 138 Not. 10.

62) So, vom Gegensatz der intentio, nicht des Klagegrundes ist der Gegensatz zwischen §. 92 u. 93 bey Gajus zu verstehen. Mayer (a. a. O. S. 72 fg.) meint, die von Gajus beschriebene petit. formula sey die Klage des bonitar. Eigenthümers, weil der Zusatz ex jure Qu. fehle, und folglich der Kläger mit dem Beweis des einfachen „res mea est“ abkomme; „er war ja doch auch ein dominus und konnte sagen res mea est.“ Aber grade das muß durchaus geläugnet werden, daß er ein dominus war und die Sache sein nennen konnte, was nur fictionsweise geschehen durfte; und was Gajus betrifft, so hat dieser nur den wesentlichen Inhalt nicht die Fassung der petitoria formula im §. 92. mitgetheilt.

die condemnatio erst durch die Nichterfüllung des Restitutionsbefehls bedingt ist. Es ist aber nicht umgekehrt jede arbitraria formula zugleich petitoria, sondern so heißt nur eine dingliche und zwar nur die in jus concipirte Klage, es sey direct (rem eius esse) oder mittelst einer Fiction, wie die Publiciana in rem actio. Die dinglichen in factum concipirten actiones, wie gewiß die hypothecaria, sind ohne petitoria formula dennoch arbitraria [63], so wie es ja auch arbitraire persönliche Klagen gibt. Mit dem ausdrücklichen Zusatz ex jure Qu. haben wir eine petitoria formula bey Cicero [64], und damit zugleich den Beweis, daß diese formula wenigstens nicht die ausschließliche Klage des blos bonitar. Eigenthümers seyn konnte. Da andererseits auch die Publiciana actio arbitraria war, so gehört also die petitoria formula nicht einer einzelnen actio an, sondern enthält nur die Wendung, welche bey den in jus concipirten dinglichen Klagen überhaupt entweder genommen werden muß oder doch genommen werden kann. Die Publiciana actio begründet allerdings auch ein petitorium judicium, nämlich durch fingirte intentio rem suam esse, aber eben darum gibt die Kunde über diese Formel keinen Aufschluß über die Frage, ob die in rem actio des bonitar. Eigenthümers die Publiciana oder eine andere gewesen. Im Gegentheil läßt sich aus dem völligen Schweigen des Gajus über eine eigenthümliche, dem bonitar. Eigenthümer zustehende Klage der Schluß ziehen, daß es eine solche nicht gegeben. Vielmehr

4. Schildert grade Gajus die public. Klage also, daß sie danach dem bonitar. Eigenthümer so gut wie dem b. f. possessor zugestanden haben muß. »Datur autem haec actio ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit« [65]. Die justa causa be-

63) Vgl. *Ribbentrop* l. c. p. 44. Keller a. a. O. S. 212 fgg.

64) Cic. in Verr. II, 12 »Si paret fundum Capenatem — ex jure Qu. P. Servilii esse, neque is fundus — restitueretur etc.«

65) Gaj. IV, 36.



zeichnet bekanntlich die Absicht, wirkliches (also Römisches) Eigenthum zu geben oder zu erhalten. Im Edict selbst ist ohnehin zu construiren: ex justa causa petere *), also: »wenn Jemand seine Klage auf einen Eigenthum gebenden Grund stützen kann.« Verlangen, daß der Tradens Nichteigenthümer gewesen, das hieße geradezu diese Voraussetzung in die Worte des Gajus hineintragen. Dieser verlangt nichts als schlechtweg Tradition, aber eine solche, die nicht sogleich das Eigenthum selbst, sondern nur Usucapionsbesitz gewährt. Das ist der Fall entweder, wenn eine mancipi res es sey a domino oder non a domino blos tradirt worden, oder aber wenn eine res, sie sey mancipi oder nicht, von einem Nichteigenthümer übertragen worden. Gajus verlangt also nicht grade, daß die tradirte Sache mancipi war, weil wenn der Tradens nicht Eigenthümer gewesen, auch durch Tradition einer nec m. res nur Usucapionsbesitz entstand, aber umgekehrt auch nicht grade einen tradirenden Nichteigenthümer, weil wenn die tradirte Sache eine mancipi res war, auch durch einen tradirenden dominus mehr nicht als Usucapionsbesitz entstand. Die von Gajus mitgetheilte formula selbst lautet also: Iudex esto, si quem (z. B.) hominem (also grade mancipi res) A. A. emit ** ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, eius ex jure Quiritium esse oporteret — — — «. Daß der Verkäufer und Tradent Nichteigenthümer gewesen seyn müße, davon sagt die Formel nichts. Sie verlangt nur Kauf, Tradition und die Nothwendigkeit und Zuläßigkeit der Usucapion. Alles dieses kann aber sowohl dann, wenn der wirkliche Eigenthümer als wenn ein Dritter den Sklaven verkauft und tradirt hat, der Fall seyn, und so ergibt sich die Folgerung von selbst, und zwar um so mehr, als in jenem Falle (vom objectiven Hindernisse abgesehen) immer, in diesem nur unter Voraussetzung der bona fides Usu-

*) L. 3. §. 1. D. de Public.

capionsbesitz entsteht. Man denke sich aber einen durch solche formula instruirten Iudex, und frage sich alsdann, ob er wohl deswegen absolviren durfte, weil doch der Usucapionsbesitz nicht durch Tradition von Seiten eines unbefugten Dritten, sondern durch den Eigenthümer selbst entstanden sey! — Gajus hat die emtio als Beyspiel gebraucht. Die durch venditio entstandene Obligation ist grade eine solche, welche bekanntlich zwar zur definitiven Ueberlassung der verkauften Sache, zum tradere und zur Haftung für Eviction, aber nicht zum dare verpflichtet. Man versteht das gewöhnlich so, als könne durch emti actio nicht das mancipio dare (oder in jure cedere) erzwungen werden [66]), sondern lediglich das tradere. Allein dagegen sprechen ausdrücklich die Worte bey Gajus: — — — »si verbi gratia *ex empto* agamus, *ut nobis fundus mancipio detur*, debemus ita praescribere: *ea res agatur de fundo mancipando*, ut postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi de tradenda - - « [67]). Eben so, was Paulus sagt: »si id, quod emptum est, neque tradatur neque mancipetur, venditor *cogi potest*, ut tradat *aut mancipet*.« [68]) In der Regel nämlich geht die emti actio allerdings aufs bloße Tradiren, man konnte aber durch adjicirtes Pactum den Verkäufer auch verpflichten, vorerst nur zu mancipiren, woneben dann vielleicht für die nachherige vacuae possessionis traditio durch Stipulation gesorgt wurde [69]). Denn daß die Mancipation als solche so wenig wie die in jure Cession mit Besitzesübertragung verbunden seyn mußte,

66) *Michelsen* Diss. cit. p. 27 sq. Hasse in dies. Mus. Jahrg. 1. S. 83.

67) Gaj. IV, 131 (p. 233 l. 5).

68) Paul. I, 13 a §. 4.

69) Si *emptor* vacuam possessionem tradi *stipulatus sit* etc. L. 3 §. 1. de A. E. (19, 1). Heffter (in seiner Edit. von Gaji Comm. IV. p. 110) will freylich solche Präscriptionen bey bonae fidei judiciis gar nicht anerkennen, so daß also umgekehrt de fundo *mancipando* ex stipulatu geklagt werden müßte, aber Gajus sagt geradezu si *ex empto* agamus u. s. w., und eben so Paulus.

das wird doch nun jetzt als ausgemachte Sache gelten [70]. Dare im techn. Sinn aber heißt: das **Eigenthum zusammt dem Besitz übertragen**, was freylich bey nec mancipi res ohnehin zusammenfällt, aber bey der mancipi res kann man der Verpflichtung zum dare nur dadurch nachkommen, daß man nicht nur mancipirt (oder in jure cedirt) sondern zugleich tradirt, oder mit anderen Worten mit der traditio nexu, wie Cicero die Mancipation nennt, also mit der Eigenthums-Uebertragung zugleich die possessionis traditio verbindet [71]), also bewirkt, daß der Empfänger die Sache sowohl ex jure Quiritium als in bonis (s. ob. Not. 5) habe. Dazu wird man z. B. durch Stipulation (*dare* spondes?), durch Damnationslegat verpflichtet, überhaupt ist es das grade, was man durch die Klagen auf dare oportere erwirkt [72]). Aber da die venditio in der Regel nur zum tradere verpflichtet, dieses Geschäft aber das allergewöhnlichste war, so ist wohl hier zunächst, wie der Name zeigt, der Schutz entstanden, welchen die rei venditae et trad. exceptio gewährte, und der entsprechende durch Publiciana actio. So wie nun aber freilich auch bey jeder anderen Art des s. g. derivativen Erwerbs eine solche Exception ertheilt werden mußte,

70) Das ergibt sich aus den eben angef. Worten des Gajus und des Paulus, dann aus Gaj. II, 204, Vat. fr. §. 313., daraus daß auch res incorporales mancipirt wurden, daß überhaupt die Mancipation eine Form für Geschäfte war, bey welchen nichts übertragen wurde. Der ganze uns so geläufige Grundsatz einer durch Besitzesübertragung zu vermittelnden Eigenthumsertheilung war juris gentium, aber galt nicht für die (civilen) Abalienationen. Vgl. **Schmidtlein** im Archiv f. civ. Prax. IX. S. 169. *Schröter* observ. l. c. p. 89. not. 11). **Meine** Rec. in den Erlanger Jahrb. der jurist. Lit. Bd. 6. S. 21. **Engelbach** über die Usucapion zur Zeit der XII Taf., Marburg 1828, S. 76. fgg. Stillschweigend liegt jene Ansicht auch allen den neueren Abh. über die lex Cincia zu Grunde.

71) So erklärt sich jener Ausdruck bey Cic. top. c. 5.

72) Gaj. II, 204 — — legatarius (bey dem Damnationslegat) in personam agere debet, id est, intendere, heredem sibi dare oportere *et tum heres* (rem), si mancipi sit, *mancipio dare, aut in jure cedere, possessionemque tradere debet.*

eben so hat denselben Gang auch die Publiciana actio genommen, ohne daß irgend ein Zeugniß auf die Anwendbarkeit derselben im Falle des s. g. originären Erwerbes deutet [73]), bey welchem auch von einem in bonis esse nirgends die Rede ist, und jene Exception gar nicht vorkommen kann. Es correspondirt also grade die Publiciana actio der Exception auf deren Vermittlung das in bonis esse beruht.

5. Das Edict selbst lautet in der Fassung, in welcher es Justinians Digesten überliefern, also: »Si quis id quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet judicium dabo.« Daß schon aus grammatischen Gründen nicht quod traditur non a domino, sondern si quis non a domine petet construirt werden müsse, haben schon Andere bemerkt [74]), und es ist das um so gewisser als auch die Worte ex justa causa von petere regiert werden, s. ob. nach Note 65. Es versteht sich von selbst, daß das in der Sache nichts ändert, indem man nur ex justa causa petit, wenn man seine Klage auf einen ex justa entstandenen Besitz gründet. Jedoch wenn auch dem Edict zufolge sowohl der, welchem vom Eigenthümer, als der, welchem vom Nichteigenthümer tradirt worden, also der s. g. bonitarische Eigenthümer so gut als der bloße b. f. possessor die Publiciana actio anstellen könnte, so würde sie immerhin wegen der Worte non a domino petet wenigstens nicht gegen den dominus selbst wirksam seyn und das hat für den bonitar. Eigenthümer, welchem gegenüber der dominus kein wirksames Recht haben soll und kann, schon auf den ersten Blick etwas Auffallendes. Aber in der That ist es für die Klage des bonâ fidei Possessors nicht minder

73) L. 3. §. 1. sqq. de Publ. . . . Et non solum *emptori* bonae fidei competit Publiciana, sed et aliis, utputa ei cui *dotis* nomine etc. cf. §. 4. I. de actt. Ferner L. 1. §. 2. D. eod. Sed cur *traditionis* duntaxat et usucapionis fecit mentionem (Praetor), cum etc. . . . ut puta legatum u. s. w. Aus einer Hand in die andere mußte immerhin die Sache gehn, wenn man sich an die Analogie des ausdrücklich vom tradere sprechenden Edicts nur irgend halten wollte.

74) Ballhorn a. a. O. S. 109 Not. 81). *Michelsen* l. c. p. 35

auffallend. Denn da die Abweisung seiner gegen den dominus selbst gerichteten Klage nach ausdrücklichen Stellen (s. Note 61) mittelst einer Exception erwirkt werden mußte, so war also die Klage allerdings auch gegen den dominus gegeben worden. In der dem Kläger ertheilten formula konnte mithin der Richter keineswegs auf eine Rücksicht hingewiesen werden, die Gegenstand einer vom Beklagten zu erwerbenden exceptivischen adiectio war. Da nun die formulae auf den Grund und nach der Fassung des Edictes concipirt worden sind, so konnte es hier nicht geheißen haben: si quis non a domino petet, judicium dabo. Vergleichen wir vollends diese angeblichen Edictsworte mit dem Bericht und der Formel bey Gajus, so wird man um so mehr zugeben müssen, daß die Worte non a domino späterhin hinzugefügt worden. Schon die Möglichkeit der Interpolation [75]) entkräftet aber das aus dieser Stelle zu entnehmende Argument gegen den hier vertheidigten Umfang der Publicianischen Klage. Allein ich gebrauche die Worte sogar für meine Ansicht. Denn der, wie gezeigt worden, auch für die auf den bonâ fidei Possessor beschränkte Klage, unpassende Zusatz erklärt sich nur dadurch, daß die Compilatoren damit auf die jetzige Beschreibung der Klage hinweisen wollten. Er ist lediglich eine Consequenz aus der L. un. C. de nudo jure Quirit. tollendo. Es sollte damit auch nicht einmal gesagt werden, jetzt sey zur Begründung der Klage unter Anderem das Nichteigenthum des Beklagten nothwendig, sondern nur, daß ihre Wirksamkeit auf diesen Fall zu beschränken sey. Deshalb steht der Zusatz grade nicht im Widerspruch mit den anderen Stellen, welche dieses

75) Es ist auch das schon von Anderen behauptet worden, z. B. *Reinold* de Edicto Publiciano cap. 2. §. 2., aber in der Voraussetzung, das Edict habe von einem *tradere* a non domino gesprochen. Glück Comm. Bd. 8. S. 316. fgg. widerlegt diese Meinung durch Annahme zweyer Capitel des Edicts, wovon nur das Eine des tradirenden non dominus gedacht habe, im andern wäre die Publiciana des bonitar. Eigenthümers begründet, was also immerhin mit der im Text vertheidigten Ansicht übereinstimmt.

Resultat aus der Exception ableiten, aber freilich sagt er zu viel, da es auch jetzt noch Fälle gibt, wo die Klage gegen den dominus wirksam angestellt werden kann (Not. 52), und zu wenig, da sie auch schon gegen den gleich guten Besitzer nicht immer durchgeht.

6. Daß sich in Justinians Compilation keine Stelle findet, welche gradezu dem bonitar. Eigenthümer die Publiciana gewährt, ist zu erwarten. Aber bey manchen diese Klage gebenden Pandekten-Fragmenten hat der Verfasser offenbar zunächst an das in bonis esse gedacht. So wenn es in L. 12. §. 1. de Publ. schlechtweg heißt: is, cui ex Trebelliano hereditas restituta est, — — — uti potest Publiciana, oder in L. 6. de Public. Si servum ex causa noxali — duxero — competit mihi Publiciana, oder wenn in L. 18. §. 15. de damno inf. dem possidere jussus ex secundo decreto die Publiciana gewährt wird [76], oder »si res adiudicata sit« [*]), oder wenn ich den deferirten Eid »rem meam esse« geschworen [**]), weil es auf prätorischem Edict und nicht auf Civilrecht beruht, daß ein in jure abgeleisteter Eid formelles Recht erzeugt. Und wenn ich gegen den Titius, weil er des Sempronius, dessen Grundstück er verkauft hat, Erbe geworden, die Publicianische Klage habe (Note 52), warum soll denn diese Klage eine andere seyn, als wenn das Grundstück schon sogleich beym Verkauf dem Titus gehört hat? Auf ein gutes Argument hat auch Ribbentrop aufmerksam gemacht. Das durch Usucapion verlorne Eigenthum kann der Prätor nur als ein in bonis wiedergeben, und die Klage, welche »rescissa usucapione redditur« ist gleichfalls die Publiciana [77]. Endlich gewährt noch

7. die Analogie der Servituten ein bedeutendes Argument.

76) Denn wenigstens ursprünglich war gewiß nicht grade an Missio gegen den Nichteigenthümer gedacht worden.
*) L. 7. pr. de Publ. in rem vgl. mit Note 18.
**) L. 7. §. 7. ibid.
77) L. 35. de O. et A. S. ob. im Text nach Not. 13.

So lebhaft in unsrer Zeit über die Constituirung der Servituten gestritten worden ist [78]), so brauchen wir doch hier nur wenige nicht zu bezweifelnde Sätze zu berühren. Nämlich die civilrechtliche Constituirung der Servituten geschah noch zur Zeit des Pandektenrechts beziehungsweise durch in jure Cession oder durch Mancipation, ob und in welchem Umfange auch durch Stipulation, darauf kömmt es hier nicht an. Eine servitutum *traditio* oder was ihr analog ist, gab es aber damals gleichfalls schon. Das Dulden der Ausübung gehört dahin. Die Wirkung aber war höchstens Praetoris tuitio, und hatte ein wirklicher Eigenthümer einem Römer am Römischen Boden auf die Weise eine Servitut eingeräumt, so mußte ein dem in bonis esse völlig analoges Verhältniß entstehen. D. h. man erhielt keine wirkliche, keine nach Grundsätzen des Civilrechts anerkannte Servitut, so wenig, wie wenn der Boden selbst bloß tradirt worden wäre, wirkliches Eigenthum — aber aus denselben Gründen wie hier mußte eine Exception gegen den wirklichen Eigenthümer und konnte ferner auch in rem actio gegeben werden, wodurch also der Sache nach dasselbe Verhältniß vorläge, welches bey Ueberlassung des Bodens selbst als ein in bonis esse bezeichnet wurde [79]). Nun wird in L. 11. §. 1. D. de Public. in rem act. gesagt: Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam: forte si per domum quis *suam* (es ist also von einem tradirenden Eigenthümer die Rede) passus est aquaeductum transduci; item rusticorum, nam et hic

78) Eine Uebersicht habe ich in den Erl. Jahrb. für Jurisprud. Bd. 6. S. 19 fgg. gegeben; neuer ist *H. Haertel* de servitutibus per pacta et stipulationes constitutis ex jure Rom. Lips. 1828. 4.

79) Dü Roi im Archiv f. civ. Prax. B. 6. S. 307 bemerkt, »daß hier nur nicht neben dem dominus fictus ein zweiter dominus der Servitut ex jure Quirit. stand.« Die Sache ist aber dennoch dieselbe. Denn das Grundstück ist ex jure Quirit. von der Servitut frey, es ist civilrechtlich nicht belastet, aber diese Freyheit des Eigenthums ist insoweit unwirksam, als es sich kraft prätorischen Rechts die Beschränkung gefallen lassen muß.

traditionem et patientiam *tuendam* constat. Wollte man einen Schluß von der Publiciana beym Sachbesitz auf die Publiciana beym Servitutenbesitz machen, so wäre das sehr gewagt, weil überhaupt die Ausdehnungen auf das minder umfassende Recht nicht grade in jeder Beziehung vorgekommen. Schon die seit der lex Scribonia allgemeine Unzuläßigkeit der usucapio bey Servituten würde entgegen stehn. Allein unser Fall ist der umgekehrte; die Publiciana wird ausdrücklich genannt, und zwar als das Rechtsmittel, durch welches die nur kraft prätorischer Vermittlung bestehenden Servituten zu schützen sind.

III.

Fassen wir das Resultat zusammen, so ist es Folgendes: Durch den der traditio mancipi rerum ertheilten Schutz ist es möglich geworden, daß man einerseits nach Civilrecht Eigenthümer seyn und doch in der Regel von diesem Eigenthum keinen Gebrauch machen kann, und daß andrerseits der Nichteigenthümer im Effect so gestellt ist, als wenn er wirklich das Eigenthum hätte. Dieser prätorisch geschützte Besitz und jenes nakte Eigenthumsrecht zusammen bilden das plenum jus; jener Schutz aber wird durch exceptio und fictitia (utilis) in rem actio und zwar durch die Publiciana ertheilt. Darum kann auch per *vindicationem* nur diejenige Sache legirt werden, an welcher der Testator das wirkliche Eigenthum, also das Recht der Vindication gehabt hat [80]), so wie sich überhaupt die einzelnen Verschiedenheiten bey dem bonitar. und quiritar. Eigenthum nur von selbst erklären. Vielleicht ist auch erst seit dem Edict des Prätors Publicius der Name des in bonis esse ein technischer für jenes Verhältniß geworden [81]). An sich liegt nur Besitz zu Grunde, gleichwie bey bloßer bonae

80) Gaj. II, 196. Ulp. XXIV, 7.

81) L. 52 D. de A. R. D. Rem in bonis nostris habere intelligimur: quoties possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus.

fidei possessio, und possessio ist ja auch der allgemeine Ausdruck, durch welchen bekanntlich alle Arten einer vom Prätor, wenn auch auf verschiedene Weise geschützten Innehabung, bezeichnet werden. So wird auch die nur jure Praetorio, nur durch tuitio, bestehende Servitut als *possessio* der *jure* begründeten entgegengesetzt [82]), so heißt der prätor. Erbe nur bonorum *possessor*, die geschützte Innehabung des ager publicus so wie des Provinzialbodens ist possessio u. d. m. Daß bey den prätorischen Universalsuccessionen neben dem speciellen Schutz der Publiciana in rem actio und der utiles in personam actiones, auch universelle prätorische Klagen, man kann sagen zum Schutze der possessio an der *universitas*, gegeben worden [83]), braucht bey der gegenwärtigen Untersuchung nicht weiter hervorgehoben zu werden. Daß aber zunächst der durch Tradition entstandene Besitz jenen Schutz erhalten hat, welcher dann erst späterhin auch in Folge blos prätorischer Acquisitionen eingetreten *), dafür dient vorerst wieder die Natur der Sache zum Beweis. Denn es versteht sich überall von selbst, daß wer eine Sache in andere Hand bringen will, solche eben hingibt, so daß diese naturale (juris gentium) acquisitio die natürlichste Grundlage eines jeden auch nur beginnenden Verkehrs seyn mußte. Und wenn ein positives Recht formelle Handlungen zur Uebertragung des Eigenthums verlangt, so wird es nie fehlen, daß in der Wirklichkeit, wenn auch etwa nur vorläufig, dennoch blos tradirt wird. Dann aber dringt sich auch bald das Bedürfniß auf, den Empfänger gegen treulose Rückfoderung sicher zu stellen, was bey den Römern um so mehr der Fall seyn mußte, als (oder, wenn man lieber will, seitdem) an nec

82) Vat. fr. §. 61. L. 3. D. si ususfr. pet. L. 9. §. 1. ususfr. quemadmod. cav. L. 1 §. 2. de S. P. R. L. 16 D. si serv. vind.

83) Außer der bekannten utilis hereditatis petitio des Bonorum Possessors und des Fideicommissars, vgl. Gaj. IV, 35.

*) S. auch Burchardi System des RRts. im Grundrisse, Bonn 1823. S. 95.

mancipi res ohnehin durch bloße Tradition das wirkliche Eigenthum gegeben wurde. Dagegen setzen die übrigen Begründungsweisen des in bonis esse bereits einen ausgebildeten Zustand voraus, gehören nicht blos in ihrer Wirksamkeit sondern auch ihrer Entstehung nach dem prätorischen Rechte an, und werden keineswegs zu den naturales acquisitiones gerechnet. Ferner weist der Name der rei vend. et *traditae* exceptio auf den Fall hin, welcher der ursprüngliche war, und daß die Publiciana actio zunächst (im Edict selbst) für den Fall der Tradition gegeben worden und erst durch Ausdehnung einen größeren Umfang erhalten hat, sagen unsre Quellen gradezu. Daß insofern auch die Formel modificirt werden mußte, versteht sich von selbst. Die Klage bleibt aber immerhin so gut die Publicianische als die des bonâ fidei Possessors, wenn er auf andere Weise als durch Tradition das Klagrecht erlangt hat. Auch braucht man nach anerkannter Ausbildung des in bonis esse nicht immer an wirkliche Adjection von Exception und Replik zu denken. Ist es dem Prätor schon in facto klar, daß die gefoderte dominii exceptio nur auf dem durch Replik zu entkräftenden Eigenthum beruht, so verweigert er auf des Klägers Verlangen vielmehr sogleich die Exception, »cum exceptio justi dominii *causa cognita* detur« [84]). — Die prätorischen Erwerbarten haben wirklich wie die Tradition den derivativen Character, d. h. sie vermitteln nur den Uebergang der Berechtigung in eine andre Hand. Darum kann man auch hier im Ganzen an ein zurückbleibendes jus Quiritium denken, und muß es nach bekannten Grundsätzen. Denn so wenig wie geben so wenig kann der Prätor Eigenthum entziehen. So bleibt also z. B. neben dem bonorum possessor (cum re) der civile Erbe wahrer Eigenthümer, obwohl er nur, daß ich so sage, sine re heres ist. Wo civiles Eigenthum daneben nicht bestehen kann, wie ebe

84) L. 57. mandati.

wenn der bisherige Eigenthümer todt ist, der heres aber zugleich als bonorum possessor berufen die prätorische Succession nicht versäumt hat, da freylich ist das jus Quiritium entweder untergegangen, z. B. weil er nicht auch cum cretione angetreten und also die Civilrechte verloren hat, oder aber mit dem in bonis esse in dieselbe Hand gekommen, wo es dem Erben alsdann frey steht, ob er es als nudum ansehen will oder nicht. — Dominum duorum in solidum ist allerdings dem Röm. Rechte fremd, desto bekannter aber das auf dem Gegensatz des prätor. und Civilrechts beruhende Doppelverhältniß [85]), daß in der Einen Hand das wirkliche (civile) aber unwirksame Recht sich findet, in der anderen dagegen nicht das Recht selbst, aber seine Wirkung. Selbst Fiction des Eigenthums durch Vermittlung einer anderen utilis in rem actio als die Publiciana, tritt noch in manchen Fällen ein, auch abgesehen von den Peregrinen, dem Provincialboden, dem emphyteutischen und superficiarischen Rechte [86]). Dahin gehört die dem Pupillen gegebene »utilis actio — ad rem vindicandam«, wenn der Vormund die Sache mit des Pupillen Geld für sich erkauft hat [87]), ingleichen die ähnliche des Soldaten gegen seinen Geschäftsführer [88]), des Ehegatten wegen der mit dem ihm vom andern Gatten geschenkten Gelde erkauften Sachen, so fern »res extant« d. h. auch nur wieder gegen den Gatten selbst [89]) und eben so gibt erst noch Justinian der Ehefrau eine utilis in rem actio auf die Dotalsachen »si tamen extant«, also nur gegen den Ehe-

85) Es ist keineswegs der Beerbung eigenthümlich, daß neben der civilen Succession die prätorische besteht, und daß zu der letzteren auch wieder die Civilerben berufen sind. Denn so gewährt die Tradition bey mancipi res ein blos prätorisches Eigenthum, bey nec m. res zugleich das civile, ein in bonis esse zusammt dem jus Quiritium, ein ex utroque jure.

86) Vgl. Dü Roi im Archiv f. civ. Prax. Bd. 6. S. 308 fg. S. 386. fgg.

87) L. 2 D. quando ex facto tut.

88) L. 8 C. de R. V. (3, 32).

89) L. 30, L. 55 D de don. int. vir. et uxor.

mann oder dessen Erben [90]), ein Beschränkung, welcher offenbar alle die hier genannten in rem actiones unterliegen. Ueberall, wo eine *utilis* (in rem oder in personam) actio gegeben wird, müssen wir zusehen, wie weit, in welchem Umfange die actio gestattet, die Ausdehnung zugelassen, die Wirksamkeit der alten an sich hier nicht begründeten Klage anerkannt, also in welcher Hinsicht die Gleichstellung mit der directen Klage Statt finden solle? Und das ist im Justinianischen Rechte auch die einzig praktische Seite des Umstandes, daß eine Klage utiliter zuläßig ist. So wird in den obigen Fällen zwar Eigenthum fingirt, aber nicht, wie es bey dem in bonis esse der Fall ist, in vollem Umfange, sondern lediglich in jener relativen Beziehung. Darum ist es für den Pupillen wichtig, daß er in einem solchen Falle auch das Pfandrecht hat [91]), und eben darum ist es gleichfalls nichts Ueberflüßiges gewesen, daß der Ehefrau auch noch eine hypothecaria actio wegen ihrer Dotalsachen gegeben worden, durch welche sie gegen Dritte klagen kann, während sie aber de

90) L. 30 C. de jure dot. Der entschiedene Gegner dieser beschränkenden Ansicht ist Löhr, der die utilis vindicatio für die Pfandklage hält, und welcher noch jetzt wieder jene Deutung der Worte „si res extant" bestreitet, s. die Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß, Bd. 1 H. 2. Giessen 1828, S. 239 fg. Aber vgl. Meine Gesch. des R. Pr. Bd. 1 S. 584 Not. 14), ferner Arg. L. 55 D. de donn. int. vir. et uxor., ferner, daß mit jenen Worten doch nicht gesagt werden sollte: »sofern die Sachen überhaupt noch existiren«; denn das verstand sich sehr von selbst. Endlich ist es dem Sprachgebrauche durchaus gemäß, welcher die extantes fructus den consumptis d. h. nicht blos den aufgezehrten, sondern auch den veräußerten entgegensezt L. 22. C. de R. V. Die Frau kann aus der Concursmasse des Mannes ihre Dotalsachen „quasi *proprias*" vindiciren, gegen Dritte hat sie blos die daneben gegebene hypothecaria actio, (und außerdem ist ihr an der Masse selbst für ihre Dotalfoderungen späterhin ein privilegirtes Pfandrecht gegeben worden); so ist der einfache Zusammenhang.

91) Wo Pfandrecht und Eigenthum in Einer Hand sich finden, da ist entweder wie hier das Pfandrecht ein wahres und das Eigenthum fingirt, oder umgekehrt das Eigenthum vollkommen begründet aber die Pfandklage utiliter gegeben, vgl. mit der Schrift des Freiherrn Gedult von Jungenfeldt über das Pfandr. an eigener Sache, Giessen 1828 meine Bemerkungen in den Erl. Jahrb. f. Jurispr. Bd. 6, S. 39.

Masse ihres Ehemanns gegenüber besser steht als die bloßen Pfandgläubiger, indem sie hier kraft ihres fingirten Eigenthums, wie wir das ausdrücken, als Separatistin auftritt. Daß durch longi temporis possessio Eigenthum entsteht, beruht bekanntlich nur wieder auf einer von Justinian gegebenen in rem actio [92]. Bonitarisches Eigenthum kann man freilich ein von Justinian begründetes Recht nicht füglich nennen. Die wahre Construction scheint hier die zu seyn. Die longi temporis praescriptio setzt bonae fidei possessio, folglich die Zuläßigkeit der Publiciana actio voraus, welche freylich vor abgelaufener Verjährung von Seiten des Eigenthümers durch dominii exceptio entkräftet wurde. Nimmt man nun an, daß nach eingetretener Verjährung nicht blos eine praescriptio d. h. nicht bloß eine Einrede gegen die Vindication, sondern im umgekehrten Falle, wenn der Eigenthümer im Besitz, und der, welcher verjährt hatte, mit der Publiciana actio aufzutreten genöthigt war, die dominii exceptio durch longi temporis replica entkräftet werden durfte, so ist es erklärt, wie Justinian sagen konnte: daß im Grunde er nicht erst hier eine »actio ad vindicandam rem« einführe, »hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant« [93]. Justinian gibt die dingliche Klage geradezu, überträgt also die ehemalige Replik in die Klage, und so entsteht dann Eigenthum, wie man nach Justinianischem Recht schlechtweg sagen muß. Wer es bonitarisches Eigenthum nennen will, mit dem will ich deshalb nicht rechten.

IV.

Ich bin von der Voraussetzung ausgegangen, daß durch die s. g. originären Erwerbarten, also durch diejenigen, welche

92) L. 8 pr. C. de praescr. 30 l. 40 ann.

93) Diese Bemerkung hat schon Unterholzner in seiner Verjährung durch fortges. Besitz S. 280 fg. gemacht, jetzt auch Löhr im Archiv f. civ. Prax. Bd. 10 S. 81 Not. 47), und Unterholzner hat sie nun wiederholt in der Verjährungslehre Bd. 2. S. 75.

die Sache selbst erst in den Verkehr bringen, mithin ein jus Quiritium gar nicht zurücklassen können, bonitar. Eigenthum nicht entstehe. Ob quiritarisches? ist eine andere Frage, aus deren Verneinung noch keineswegs die andere Folge zu ziehen seyn würde, daß deshalb ein wirkliches in bonis esse, so wie wir es bisher kennen gelernt haben, begründet werde. Denn möglicherweise konnte dadurch anfangs bloßer, etwa in der Folge nur durch Interdicte geschützter, Besitz entstehen, der ja gegen Vindication ohnehin gesichert ist, weil auch kein Anderer das Eigenthum hat. Vielleicht war es ursprünglich so bey Occupation einer mancipi res. Ich will wenigstens dem Resultate angekündigter Untersuchungen über die mancipi res hier nicht vorgreifen. Auf jeden Fall möchte die Occupation herrnloser nec mancipi res zu allen Zeiten wirkliches Eigenthum begründet haben. Für die Zeit des Pandektenrechts, von welcher ich jetzt allein sprechen werde, betrachte ich aber dieses Resultat für mancipi und nec mancipi res als gewiß. Noch bis vor nicht sieben Jahren war es, und vorzugsweise durch Hugo's Bemühungen [94], zur herrschenden Ansicht geworden, daß — von den Accessionen abgesehen und mit Ausnahme der traditio rerum nec mancipi — nur die civilen Acquisitionen Römisches, nur die naturalen natürliches (oder, was einerley sey, bonitarisches) Eigenthum gegeben hätten. Aber seit der Bekanntschaft mit den Institutionen des Gajus findet die Ansicht immer mehr Anhänger, welche auf naturalem Wege Röm. Eigenthum entstehen läßt [96]. Allein auch

94) Hugo's Theorie stimmt im Ganzen mit den in früherer Zeit von Trekell entwickelten Ansichten überein. Ihm verdanken wir es, daß Conradi's bereits von Trekell und Meerman bekämpfte Theorie, wonach das Quir. Eigenthum an mancipi res, das bonita. Eigenthum an nec m. res Statt gefunden, gänzlich aufgegeben ist (S. Hugo's Magazin, Bd. 2 St. 2). Die Ansicht, daß die originären Erwerbarten durchaus civiles Eigenthum gegeben, findet sich schon bey Th. M. Zachariä in seinen Conjecturae de rebus mancipi et nec manc. Diss. I u. II. Lips. 1807.

95) Dafür haben sich jetzt auf verschiedene Weise ausgesprochen: Gans Scholien zum Gajus (1821) S. 234 fg. Derenburg Beiträge

der Widerspruch ist nicht ausgeblieben [96]. Um so weniger ist eine gründliche Vertheidigung überflüßig geworden. Zur festen und allseitigen Begründung der oben vertheidigten Theorie über das in bonis esse und seine höchstens auf derivativem Wege mögliche Entstehung, ist aber eine solche Entwicklung unvermeidlich. Meiner Meinung nach entsteht nicht nur durch die civiles sondern auch durch die juris gentium acquisitiones Röm. Eigenthum, soweit nicht dieser Einfluß des jus gentium im Röm. Civilrecht eine Einschränkung erlitten hat, welches aber zur Zeit des Pandektenrechts nur bey Tradition der mancipi res (aus welchen Gründen? bleibe hier dahingestellt) der Fall gewesen. Die mit einer Sache als Accessionen in Verbindung tretenden Objecte (nicht auch die von ihr losgelößten) werden aber freilich nicht als selbstständige Gegenstände erworben, sondern treten in das Verhältniß der Hauptsache [97]. Die entgegengesetzte Theorie beruht im Grunde auf der Voraussetzung, daß durch juris gentium acquisitiones auch nur ein Eigenthum des jus gentium entstehen, also daß der naturale Weg auch nur — daß ich so sage — zu naturalem Ziele führen könne. In Verbindung mit dieser Theorie steht die eben so alte, als noch heute herrschende, bisher bekämpfte, Ansicht, das naturale oder juris gentium dominium sey eben das bonitarische.

Mit jener Voraussetzung, als einer nothwendigen, steht aber doch die Wirkung der nec mancipi rerum traditio im Widerspruch, weshalb man auch schon die Tradition als ein Mittelding zwischen civiler und naturaler Acquisition betrachtet hat, die doch überall nur als eine naturalis oder juris gen-

zur Gesch. der Röm. Testamente (1821), S. 155 — 179, S. 316 — 319. Ballhorn-Rosen über Dominium (1822), S. 118 fgg. Manhayn über rc. res mancipi und nec m. (1823), S. 36 fgg. Burchardi System des RRts. im Grundrisse (1823), S. 94 — 96. Unterholzner in dies. Mus. Bd. 1 S. 129 fgg. Ribbentrop in der angef. Anzeige dieses Aufsatzes. Engelbach üb. d. Usucapion. S. 27 fgg.

96) Erlang. jurist. Jahrb. B. 4. S. 133 fgg.

97) L. 11. §. 7. de Publ. in rem a.

tium acquisitio bezeichnet wird [98]). Eine andere Schwierigkeit machen hier die verschiedenen Arten der s. g. Accession. Wenn durch Erweiterung der Gränze, z. B. durch alluvio, oder durch Verbindung mit der Oberfläche des Grundes und Bodens, also an der superficies, d. h. an dem Gebäude, dem Baume, der Pflanze Eigenthum erworben wird, so muß es ein quiritarisches seyn, wenn uns die Prinzipalsache ex jure Quiritium angehört, und doch ist ein solcher Erwerb ein naturaler [99]). Durch die gleichfalls naturale fructuum perceptio läßt Savigny als durch eine Species der Tradition quiritarisches Eigenthum entstehen, sofern nicht die Früchte mancipi res, welche z. B. junge Thiere, dadurch nur in bonis kämen [100]). Allein wenn auch das Recht des Pachters, Usufructuars u. s. w., so kann doch nicht das des bonâ fidei Possessors an den Früchten aus der Gestattung des Eigenthümers abgeleitet werden. Wenn nun aber zugestanden werden muß, daß der bonae fidei possessor quiritarischer Eigenthümer der von ihm percipirten (und schon der blos separirten) Früchte wird, so wäre wiederum eine nicht das blos bonitarische Eigenthum verleihende naturalis acquisitio gefunden. Daß dem aber so sey, sollte nach neueren Untersuchungen nicht mehr bezweifelt werden [101]). Der bonae fidei possessor wird, wie der Usu-

98) Gaj. II, 65, 66. §. 40. I. de rer. div. — Vat. fr. §. 47: In re nec mancipi per traditionem deduci ususfructus non potest, nec in homine, si peregrino tradatur. Civili enim actioni constitui potest, non *traditione quae juris gentium est.* Es ist auch klar, daß jene Aushülfe sich im Zirkel dreht, denn nur eben, weil die Tradition auch civilen Effect hat, soll sie „ein Zwitter" seyn. Daß ihrer Ulpian in seinem Verzeichniß der Acquisitionen gedenkt, welches im Ganzen die naturalen eben so wie die universalen ausschließt, mochte schon aus negativem Grunde geschehen seyn, weil nämlich die Mancipation sich auf mancipi res beschränkt, und also zu bemerken nöthig schien, daß bey den übrigen Sachen die Tradition denselben Dienst leiste.

99) Gaj. II, 70 sqq.

100) Savigny a. a. O. 5. A. S. 222.

101) Vgl. nicht sowohl Unterholzner im Archiv f. civ. Prax. Bd. 8. Nr. 13.; als *Backe* bonae fidei possessor quaemadmodum fructus suos faciat. Berol. 1825. S. Meine Rec. in den Erlanger

fructuar, *pleno jure* Eigenthümer der Früchte [102]), und muß sie also nicht und kann sie nicht erst usucapiren, wie ausdrücklich und grade auch von jungen Thieren gesagt wird [103]). Nur die Hauptsache erwirbt der bonae fidei possessor freylich erst durch Usucapion, die Früchte aber auf der Stelle, in Folge der bloßen Separation, obwohl dieses statim erlangte volle Eigenthum so lange revocabel ist, als ihm noch die Hauptsache durch Vindication entzogen werden kann. Nicht etwa, als wenn dem Eigenthümer der Hauptsache auch eine besondere Vindication der separirten Früchte zustände, sondern nur mit der Hauptsache, gleichsam als wenn sie noch fortdauernd accessio derselben wären, mithin lediglich als Zubehör, können sie vindicirt werden [104]), weshalb auch im Titel *de officio judicis* von dieser bey Vindication der Sache auf die Früchte zu nehmenden Rücksicht die Rede ist [105]). Es usucapirt ja die Früchte auch nicht der Fructuar, mit

Jahrb. Bd. 2, H. 3. S. 237 fgg. und Ed. Huschke in der Tüb. krit. Zeitschr. Bd. 2. S. 203.

102) L. 28 pr. D. de usur. Sicut lac et pilus et lana, itaque agni et hoedi et vituli *statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii.* §. 1. Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet. L. 48 §. 6. de furt. —'— ex furtivis equis nati *statim ad bonae fidei emptorem pertinebant*, quia in fructu numerantur, at partus ancillae non numeratur in fructu. Hingegen aber an diesem partus ancillae erhält der bonae fidei possessor auch wirklich nur bonae fidei possessio, ihn muß er erst usucapiren (nicht die fructus), ihn fodert er mit der Publicianischen Klage L. 11. §. 2. sqq. de Publ.

103) S. die vor. Note u. L. 4. §. 19 de usuc. wo von der lana detonsa apud bonae fidei possessorem gesagt wird, *nec usucapi debet, sed statim emptoris fit.* Idem in agnis dicendum [si consumpti sint, quod verum est]. (Diese Worte scheinen Glossen zu seyn, doch lassen sie sich auch mit Backe S. 207. gut erklären).

104) L 22 C. de rei vind. Certum est malae fidei possessorem omnes fructus solere *cum ipsa re* praestare: bonae fidei vero *extantes.* §. 35. I. de rer. div. — si postea dominus supervenerit *et fundum vindicet* de fructibus ab eo consumptis agere non potest.

105) §. 2. l. de off. jud. — — si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum neque non perceptorum, wohl aber auf die vorhandenen; welche bey der Gelegenheit, d. h. bey Vindication der Hauptsache herausgegeben werden müssen.

dessen Erwerb der des bonâ fidei Possessors völlig gleich steht, gleichwie mit dem Erwerb durch servi operae, welcher doch gewiß wirkliches Eigenthum verleiht [106]. Die Usucapion ist aber auch darum überflüßig, weil sich der Fruchterwerber gegen jene Revocation jederzeit sicher stellen kann, entweder 1. durch Veräußerung der Hauptsache, denn alsdann kann sie aus seiner Hand nicht mehr vindicirt, und folglich können dann auch die nur mit der Hauptsache revocabeln Früchte nicht abgefodert werden. 2. Umgekehrt durch Veräußerung und 3. durch Aufzehrung der Früchte. Die Consumtion, worunter Beydes zu verstehen ist, gibt also freilich nicht, wie Savigny mit Recht bemerkt hat, das Eigenthum, welches vielmehr schon mit der Separation gegeben war (Note 101, 102, 105), zernichtet aber die mögliche Revocation [107]. Diese hat der bonâ fidei Possessor bis zur Consumtion oder bis zum Erwerb der Hauptsache, es sey durch Usucapion oder sonst, allerdings zu besorgen, und darum ist er obwohl dominus doch nur interim dominus; aber das Eigenthum ist deswegen, weil es vorläufig noch als provisorisches angesehen werden muß, nicht minder ein wirkliches, Römisches Eigenthum. Wird nun aber schon der bonae fidei possessor Römischer Eigenthümer der von ihm percipirten Früchte, so kann es von dem s. g. bonitar. Eigenthümer noch

106) L. 25 §. 1 de usur., wo es nach der Vergleichung mit dem Erwerb durch Sklaven ferner heißt: porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus *id juris habet*, *quod dominis praediorum tributum est*. Praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus respiciendum est, *qui plus juris in percipiendis fructibus habeat?* cum fructuarii non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint. L. 13. fin. quib. mod. usufr. am. L. 28 de usur.

107) L. 4 §. 2 fin. reg. *lucrari* si consumsit — §. 35 I. de rer. div. de fructibus consumtis *agi non potest*. §. 2 I. de off. jud. *non habetur ratio* neque consumtorum etc. Blos in L. 40 de A. R. D. kommt einmal der Ausdruck fructus *consumtos* suos facere vor, was auch weiter nichts sagen will, als daß die Consumtion den Gewinn sicher stelle.

weniger bezweifelt werden. Vom Erwerb durch einen Sklaven, welchen wir in bonis haben, spricht Gajus eben so, wie wenn wir durch die in unserem Röm. Eigenthum befindlichen Sklaven, durch unsre Kinder oder durch andre unserem jus unterworfene Personen acquiriren; so weit es Eigenthum ist, ist es ein vollkommenes [108]). Und selbst Ulpian, in dem Titel, in welchem er im Ganzen nur des civilen Erwerbs gedenkt, sagt auch von dem Sklaven, welcher in bonis von uns ist, und von dem, welchen wir bona fide besitzen, daß durch denselben erworben werde, ohne diesen Erwerb als einen minder vollständigen darzustellen [109]). Ich spreche daher unbedenklich die Ueberzeugung aus, daß die percipirten, resp. schon die separirten Früchte dem Usufructuar, Pachter, antichretischen Pfandgläubiger und bonitar. Eigenthümer ex jure Quiritium gehören. Meum, suum, ejus, nostrum fit sind dabey die üblichen Ausdrücke, und zwar auch da, wo nach der entgegengesetzten Ansicht ebenfalls Röm. Eigenthum entsteht, z. B. bey den vom Usufructuar gezogenen Feldfrüchten.

Wenn Gajus sagt, erbeutete Sachen naturali ratione nostra fiunt, und dann fortfährt: sed et id, quod per alluvionem nobis adiicitur, eodem jure nostrum fit — ferner die Flußinsel falle den Angrenzern zu — das Haus dem Herrn des Bodens, desgleichen die Pflanzen [110]): so wird man doch nicht voraussetzen, Gajus habe immer nur die Alluvion an ein im bonitar. Eigenthum stehendes Grundstück, einen bonitar. Herrn des Ufers u. s. w. im Auge gehabt? Dennoch gesteht z. B. Hugo ausdrücklich [111]), daß hier Alles auf die Hauptsache ankomme, also dem Quiritar. Herrn des Bodens gehört auch das Haus ex jure Quiritium. Es wird folglich

108) Gaj. II, 86 sqq.
109) Ulp. XIX §. 20, 21.
110) Gaj. II, 69 sqq.
111) Hugo Rechtsgesch. 10te A. S. 481.

durch nostrum fieri, naturali ratione, jure naturali nostrum fieri der Erwerb Römischen Eigenthums bezeichnet. Wenn wir in rem per sponsionem klagen, so haben wir zu beweisen, sagt Gajus, »rem nostram esse«, die Formel aber hat den Zusatz ex jure Quiritium [112]). Als Wirkung der verschiedenen Arten der Occupation wird nie das in bonis esse sondern gleichfalls wieder das nostrum esse genannt [113]). Sogar den Gebrauch der festuca bey den vindiciis erklärt Gajus also, daß sie sollte hastae loco seyn, als ein signum »*justi dominii*«, denn »maxime — sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent« [114]), also mußte die Beute doch ein justum dominium gewähren. Man könnte nun zwar auch der s. g. bellica occupatio eine stärkere Wirkung zuschreiben wollen, als der Occupation wirklich herrnloser Sachen. Allein Gajus sagt ja an einem anderen Orte: ea quoque, quae ex hostibus capiuntur, *naturali ratione nostra fiunt*, nachdem er vorher dasselbe von den andern Occupationsarten gesagt hatte. Sein der Wirksamkeit beraubtes und folglich blos quiritarisches Recht hat der Römer vorzugsweise ex jure Quiritium genannt *), aber übrigens konnte er sein Eigenthum in der Regel gradezu als ein suum, nostrum esse bezeichnen. Besondere Gründe geben zu dem Zusatz ex jure Qu. Veranlassung, wenn z. B. der Gegensatz mit dem Eigenthum der Peregrinen hervorgehoben, die Vindication als eigenthümliche Wirkung des Röm. Eigenthums bezeichnet werden sollte, und in den Formeln der Klage. So spricht Gajus auch einmal von den ex jure Quiritium servis (p. 104 l. 9.) obwohl in der Regel nur schlechtweg von servis. Wo nur die Entstehung, nicht die Natur des acquirirten Rechts geschildert werden soll,

112) Gaj. IV, 93.
113) Gaj. II, 66 sqq.
114) Gaj. IV, 16.

*) S. auch L. un. C. de nudo jure Qu. toll. und L. un. C. de usuc. transf. init.

also nicht wie etwas nostrum *est*, sondern wie es nostrum *fit*, da kann die naturale Entstehung ohnehin nicht wie die civile als ein nostrum fieri ex jure Qu. bezeichnet werden. Eben darum darf man da, wo bey Gajus von einem naturali ratione nostrum *fieri*, occupantis *fit* u.s.w. die Rede ist, der Zusatz ex jure Quir. gar nicht erwartet werden. Sagt hingegen Gajus: olim ex jure Quir. unusquisque dominus *erat* aut non intelligebatur dominus; so ist über die Art und Weise wie man dominus wurde noch gar nichts ausgesagt. Wenn endlich den Digesten zufolge: Lapilli, gemmae ceteraque, quae in litore invenimus, jure naturali nostra *statim* fiunt [115], oder: si res pro derelicto habita sit; statim nostra esse definit et occupantis *statim* fit, quia iisdem modis res desinunt esse nostrae, quibus acquiruntur [116], dürfen wir allenfalls diese Stellen für interpolirt halten? Und wenn ferner Paulus sagt: In rem actio, nämlich die rei vindicatio, von welcher der Titel spricht, competit ei, qui aut jure gentium aut jure civili dominium acquisivit [117], so hat er also so wenig das in bonis esse im Sinne gehabt, als zu den juris gentium acquisitiones die prätorischen Erwerbungsarten gezählt werden können.

Einen nahmhaften Grund gegen die hier vertheidigte Ansicht habe ich, außer daß Varro und Ulpian nun einmal nur die civilen Acquisitionen aufzählen, wirklich nicht finden können. Etwa die usucapio pro derelicto könnte Schwierigkeiten machen, denn nemo potest pro derelicto usucapere qui *falso* existimaverit rem pro derelicto habitam esse [118], folglich, könnte man schließen, setzt eine solche Usucapion wahrhafte Dereliction voraus, und die Occupation allein gibt also das Eigenthum noch nicht. Hierauf habe ich

115) L. 3. D. de div. rer.
116) L. 1 pro derelicto.
117) L. 23 pr. de R. V.
118) L. 6 pro derel.

vorerst zu erwiedern: was soll aber alsdann der ganze Titel im Justinianischen Rechte, wo die Occupation herrnlos gewordener Sachen jedenfalls sogleich Eigenthum gibt? Muß also wenigstens für diese Zeit, so kann eben so gut auch für die Zeit der juristischen Classiker eine andere Deutung gesucht werden. Gesetzt aber auch in einer noch älteren Zeit hätten occupirte herrnlose Sachen erst durch Usucapion ins Eigenthum gebracht werden können, so war dieser Besitz immer noch etwas anderes als das in bonis esse. Indessen unsre Usucapion setzt allerdings eine wirkliche Dereliction, nur aber von einem Nichteigenthümer, welchen man für den Eigenthümer gehalten, voraus [119]. Jedoch ist neuerlich mit Dank für die Unachtsamkeit der Compilatoren, insbesondere die l. 5 pr. D. pro derel. dafür angeführt worden, daß occupatio nur »ein dominium in bonis» erzeuge [120]. Die Stelle lautet also: Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse, abs te emerim, me usucapturum constat: nec obstare quod in bonis tuis non fuerit. Nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem juris est. Den letzten Theil der Stelle hat Unterholzner erklärt [121]: »der Käufer kann sich dennoch als rechtmäßigen Erwerber betrachten, weil die Veräußerung, durch welche er erwirbt, als eine mit Willen des vermeintlichen (?) Eigenthümers, d. h. des verschenkenden Ehegatten, vorgenommene Veräußerung angesehen werden kann.« Ich dächte, es wäre hier von einem wirklichen Eigenthümer die Rede, welcher geschenkt und dadurch seinen Willen, die Sache nicht zu haben, ausgesprochen hat, so daß also doch der dritte Erwerber deshalb in bona fide ist und folglich usucapiren kann. Der erste und schwierigere Theil unserer Stelle hat aber folgenden Sinn: »Wenn

119) Unterholzner Verjährungslehre Bd. 1. S. 396.
120) Mayer in der angef. Rec. S. 71.
121) A. a. O. S. 405.

Du, ohne es zu wissen, eine derelinquirte Sache besessen hast, die ich, dieses wissend, Dir abgekauft habe, so bin ich bonae fidei emptor, kann folglich usucapiren; denn mein Verkäufer ist freylich nicht Eigenthümer gewesen (auch nicht bonitarischer), weil ihm so zu sagen der animus occupandi fehlte, grade wie der Beschenkte nicht, dem das Verbot im Wege stand, allein er ist doch bezahlt worden, und so kann der Käufer wenigstens usucapiren, weil ihn des Eigenthümers Verzicht legitimirt." Wäre gemeint, daß erst noch überhaupt die Occupation einer ergänzenden Usucapion bedürfe, wie soll alsdann die rechtfertigende Vergleichung mit der Schenkung verstanden werden?

V.

Das in bonis esse ist kein dominium juris gentium. Es entstand durch Trennung des Römischen Eigenthums unter den Römern. Wie es ehemals für den Römer nur Ein Eigenthum gab, so — von der Trennung abgesehen — ist es fortwährend geblieben, und eben diese Trennung gieng an sich die Peregrinen nichts an. Aber freylich die Peregrinen hatten auch ein Eigenthum, und insoweit das die Römer anging, war, wie Ribbentrop richtig bemerkt hat, darauf anwendbar Alles, was im Röm. Eigenthum nicht eigenthümlich römisch, sondern juris gentium ist. Dieses juris gentium dominium, wenn man es so nennen will, konnte aber natürlicher Weise nur bey den Peregrinen bestehen, gleichwie das matrimonium juris gentium auch nur unter oder mit Peregrinen. Gleichermaßen hatte der Freygelassene eines Peregrinen keineswegs jene blos factische, dann vom Prätor geschützte, hernach in Latinität umgewandelte Freyheit, sondern war Peregrine wie sein Manumissor [122], obgleich auch

122) Plin. X ep. 4. Dosith. §. 14. (12 ed. Schill.): Peregrinus manumittens servum non potest Latinum facere, quoniam lex Iunia, quae Latinorum genus introduxit, non pertinet ad peregrinos manumissores.

diese peregrinische Freyheit, wie ein solches Eigenthum, prätorischen Schutz finden muß, da die Manumission juris gentium ist (Praetor non permittet, manumissum (sc. a peregrino) servire, *nisi aliter lege peregrina caveatur*[123])). Es hatte für diese Verhältnisse der Prätor, qui inter peregrinos oder inter cives et peregrinos jus reddit, zu sorgen. Die Römer unter einander ging das nichts an. Daß das peregrinische Eigenthum durch die sämmtlichen juris gentium, nicht aber auch wie das Eigenthum der Römer durch die civiles acquisitiones begründet wurde, ist klar. Aber wie es klagbar geworden, ob ficta civitate durch Vindication, ob blos durch in factum actio? müssen wir unbeantwortet lassen. Daß ein solches Eigenthum dem bonitarischen der Römer ähnlich seyn mußte, ist unverkennbar, und sogar ein nudum jus Quiritium mußte zurückbleiben, wenn ein Römer einem Peregrinen tradirte, aber freilich ohne Unterschied, ob es eine mancipi res war, z. B. ein in die Fremde verkaufter Sklave, oder nicht. Beruht die römische Anerkennung eines peregrinischen Eigenthums eben auf dem Verkehr mit Peregrinen, so steht dagegen die Entstehung eines Rechtsverhältnisses, wie dasjenige, welches wir bonitarisches Eigenthum nennen, damit so wenig in einer nothwendigen Verbindung, daß auch wo heutzutage formelle Eigenthumsbestellung gefodert wird, eben diese Folgen eintreten können, auch selbst gegen des Gesetzgebers Willen, wenn er nicht mit ungewohnter Umsicht verfährt. So kann da, wo, wie im Königreich Sachsen, zur Veräußerung von Grundstücken gerichtliche Lehnsreichung, oder wie an anderen Orten blos gerichtliche Confirmation nothwendig ist, dennoch dem Käufer, welchem blos außergerichtlich tradirt worden, der Schutz nicht versagt werden, wenn der bezahlte Verkäufer gegen ihn als Vindicant auftreten wollte. Ob freylich die hier gestattete rei venditae ac

123) Dos. l. c. in fin.

traditae oder doli exceptio [124]) auch gegen die Singularsuccessoren des Tradenten gebraucht werden dürfe, welchen das Eigenthum wirklich, d. h. in der gehörigen Form gegeben war, das läßt sich allerdings bezweifeln, wie denn hier der Unterschied eintritt, daß auf die Investitur geklagt werden kann [125]), wogegen z. B. der Käufer einer mancipi res die Mancipation in der Regel nicht erzwingen konnte. Dagegen aber gaben die Römer der Exception die dingliche Natur. Indessen auch die Publiciana actio wird in dem oben gedachten Falle von der Sächsischen Doctrin gegeben [126]) und mit gutem Grunde, da eine Decisio I. vom J. 1746 verordnet, »daß in actione Publiciana — — es genug seyn soll, wenn Kläger, daß er das Grundstück bona fide et justo titulo besessen, erweiset, ob er gleich damit nicht belehnt ist.« Offenbar muß diese in rem actio auch gegen den Veräußerer selbst, als den wirklichen dominus, durch Vermittlung der doli replica, wirksam seyn, und nur darin eben dürfte sich dieses sächsische dominium naturale, wie es im Gegensatz mit dem s. g. d. civile einerseits und der bonae fidei possessio andererseits [127]), auch wirklich genannt wird, von dem Römischen in bonis esse unterscheiden [128]), daß die actio und exceptio nicht gegen den redlichen und auf die gehörige Weise zum Eigenthum gelangten Singularsuccessor des ersten Autors wirksam ist. Indessen ließe sich auch darüber noch streiten,

124) *Kind* quaestiones forenses, ed. 2. T. IV. p. 112.

125) *Gottschalk* selecta disceptationum forens. cap. ed. 2. T. I. p. 322.

126) *Kind* l. c. T. III, p. 108. Haubold Lehrbuch des sächs. Privatr. §. 186.

127) Haubold a. a. O. *Heimbach* de dominii probatione, Lips. 1827, p. 127 sqq.

128) »Optime rem adumbrat« sagt schon *I. H. Reuter* aenigmatis, quod Imperatori L. un. C. de nudo jure Qu. tollendo visum in dominio quiritario ac bonitario solutio, Halae Magdeb. 1755, 4, p. 20. »Omissa resignatio judicialis in alienatione rei immobilis jure Sax. elect. Si enim vel maxime rei traditio extrajudicialis accesserit, non tamen plus juris in accipientem transit, quam quod in bonitario dominio continetur, nec minus penes alienantem remanet, ac quod quiritarium exaequat.«

und es sollten daher immer, wo Förmlichkeiten zur Eigenthumsbestellung verlangt werden, die Folgen einer dennoch vorgenommenen bloßen Tradition gleichfalls berücksichtigt werden. Auch eine die Investitur ersetzende, also das naturale in civiles Eigenthum verwandelnde Ersitzung kennt das sächsische Recht, so daß nach 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen die rei vindicatio ohne Lehnsreichung gestattet wird [129]. Da die Investitur nur bey Immobilien Statt findet, so entsteht durch diese Auszeichnung gewisser Sachen selbst ein dem Unterschied von mancipi und nec mancipi res entsprechendes Verhältniß, nur daß die Gründe andre waren, auch, dem Geiste des deutschen Rechts gemäß, grade nur zwischen Immobilien und Mobilien unterschieden wird. Die Ursachen, warum eine bestimmte Form zur Uebertragung des Eigenthums erfodert wird, können verschieden seyn. Aber solche Formen können sich auch überleben, können aufhören zeitgemäß zu seyn, wie es bey den Römern mit der Mancipation und vorher noch mit der in jure Cession der Fall gewesen. Dem Bestreben der Zeit, der bloßen Tradition diese Wirksamkeit zu verschaffen, konnte eine fortbildende Jurisprudenz wie die Römische durch den der exceptio und actio gegebenen Umfang leicht Genüge leisten. Würde unsrer deutschen Jurisprudenz gleichfalls eine solch schöpferisch wirkende Competenz beywohnen, sie könnte ganz auf demselben Wege über unzweckmäßige, oder dem Zeitgeist nicht mehr entsprechende Formen hinwegkommen. Ob man aber in späteren Jahrhunderten ein solches durch sich selbst gewordenes Recht für ein aus der Fremde recipirtes ansehen würde, das wird freilich auch wieder davon abhängen, ob man auch vergangene Zeiten aus dem Leben selbst und seinen Bedürfnissen zu begreifen sich bemüht.

129) Decis. cit. I. v. J. 1746. H. G. Bauer die churfürstl. sächs. Decisiones v. J. 1746, Th. 1. S. 3 fgg. Kind, Haubold, Heimbach ll. cc.

Der Römer nudum jus Quiritium als solches hatte, wie wir gesehen haben, bey Sklaven in Rücksicht auf Manumission und auf die Tutel über den Freygelassenen einige Wirksamkeit. Das in bonis esse war aber vom plenum dominium nur in prozessualischer Hinsicht verschieden. Eine andere war die formula der Publician- actio, eine andere die der Vindication, und so lange noch vor den Centumvirn mit legis actio prozessirt wurde, bestand darin und in den im Formularprozesse weggefallenen vindiciis gleichfalls eine Eigenthümlichkeit des civilen Eigenthums. Mit dem Untergange dieses Gerichtes, und nachdem auch der ordo judiciorum und das Concipiren der formulae weggefallen war, da lag zwischen dem s. g. bonitar. und quiritarischen Eigenthum gar kein Unterschied mehr vor. Darum konnte Theophilus jenen possessor eben so gut Eigenthümer nennen, wie dieser Eigenthümer selbst, und die Tradition einer mancipi res bewirkte, wie der Sache nach auch schon zuvor, dasselbe wie die Mancipation. So hörte allmählig das formelle Uebertragen und dadurch auch der Unterschied zwischen mancipi und nec m. res von selbst auf [130]), desgleichen im Ganzen auch der zwischen einem in bonis esse neben dem nudum jus Quirit. und einem vollen Röm. Eigenthum. Oft hat bekanntlich Justinian, durch die Revision der juristischen Schriften veranlaßt, nur was in der Wirklichkeit von selbst aufgehört hatte, noch durch ausdrückliche Verordnung aufgehoben, um jede theoretische Irrung oder, wie er auch geglaubt hat, unnütze Verwirrung

130) L. un. C. de nudo jure Quirit. tollendo (7, 25). Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum *ex jure Quirit.* nomen vel tantum *in bonis* reperitur: quia nec huiusmodi volumus distinctionem, nec *ex jure Quirit.* nomen, quod nihil ab aenigmate discrepat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt: sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sive aliarum rerum ad se pertinentium.

zu heben. Hier also hatte er nichts anderes zu thun gehabt, als zu erklären, daß von keinem nudum jus Quiritium mehr die Rede seyn soll, daß vielmehr diese Trennung eines solchen Rechts von einem in bonis esse unzuläßig, also daß mit dem, was bisher in bonis genannt worden, von selbst schon das jus Quiritium als verbunden gedacht werden müsse, so daß jede bisherige Erwerbungsweise des in bonis esse jetzt gleichfalls wirkliches Eigenthum verleiht, und man folglich immer nur ein wahres, vollständiges dominium haben kann, auch an Sclaven, wo bisher das zurückbleibende jus Quiritium allerdings noch eine Wirksamkeit hatte. Mit diesen Worten ist aber nur Justinians Verordnung paraphrasirt, welche nicht das bonitar. Eigenthum [130]), vielmehr, wie schon die Ueberschrift zeigt, das nudum jus Quiritium aufgehoben und eben dadurch folgeweise das bonitar. in ein vollkommenes Eigenthum umgewandelt hat.

Von Justinian selbst wird aber, nicht etwa blos in der Sammlung, sondern auch in seinen Institutionen (s. Not. 25) der Unterschied zwischen civiles und naturales acquisitiones wie ein noch bestehender vorgetragen, und doch müßte derselbe gleichfalls wegfallen, wenn er mit der Unterscheidung eines quiritarischen und bonitarischen Eigenthums zusammenhienge. Die praktische Bedeutung jenes Unterschiedes war aber die, daß auf civilem Wege blos der Römer, auf naturalem Römer und Peregrine erwerben konnten, daß also nur die juris gentium acquisitiones zum Verkehr mit Peregrinen dienlich waren [131]). Und dieses Verhältniß ist allerdings auch

131) »Adversus hostem aeterna auctoritas« kann auf keinen Fall heißen: »Der Römer kann nichts, was in seinem Rechte steht, an den Peregrinen verlieren.« Denn das Röm. Recht erkennt ja sogar an, daß was der Feind erbeutet hat, demselben gehöre, so daß es, wiedererlangt, nicht mehr dem alten Eigenthümer zufällt. Nur bey gewissen Sachen (Cic. Top. c. 8. Fest. v. postlim. L. 2, 3, 20, §. 1. D. de captiv.) tritt postliminium ein, d. h. es wird fingirt, sie seyen nicht entfremdet worden. Eben aber, weil auch bey diesen gewissen Sachen, die wenigstens großentheils mancipi res sind, die

im Justinianischen Rechte nicht ganz verschwunden, nämlich für den Verkehr der Römer mit Ausländern; denn natürlicher Weise nur seinen Unterthanen hat Justinian für jetzt und für die Zukunft die Civität verliehen. Fürs Privatrecht ist das keineswegs ganz bedeutungslos gewesen. So stellt auch der Titel I. de nuptiis die justae nuptiae als Ehen inter cives dar. Und eben so durften folglich die nicht ohnehin antiquirten civilen Acquisitionen, adjudicatio und besonders usucapio, auch nach Justinianischem Rechte nicht anerkannt werden, sobald sie ein nicht eingebürgerter Fremder für sich geltend machen wollte.

Eroberung dem Rechte nach anerkannt, und nur durch einen Umweg die nachtheilige Wirkung dieser Anerkennung für den alten Eigenthümer aufgehoben wird; so können jene Worte auch den Sinn nicht haben: »daß *mancipi res* den Peregrinen nicht zu Theil werden können.« Dieß gegen die beyden neuesten Erklärungsversuche, vgl. Meine Gesch. des Röm. Privatr. S. 449 Not 9, und dazu die nachträgl. Bemerkung p. IV. Das nämlich sagt die Stelle allerdings: »der Peregrin kann civili ratione vom Römer nichts erwerben«, also wohl naturali jure, es seyen mancipi res, z. B. eben durch s. g. bellica occupatio, oder nec mancipi. — Auffallend ist, was jetzt Unterholzner ausspricht (Verjährungslehre Bd. 1 S. 105 fqq.), der Peregrine habe zu jeder Zeit Eigenthum, und als es in Rom nur erst eine einzige Art von Eigenthum gegeben, *ex jure Quiritium* Eigenthum haben können. Daher hätten jene Worte allerdings blos die specielle Bedeutung versagter Usucapion, so wie Ulpian den Peregrinen blos speciell die Mancipation versage. Die Ansicht ist aber noch zu neu, als daß ich sie bestreiten möchte.

Obige Abhandlung war bereits abgesendet, als mir das Rhein. Mus. II. 3. zugekommen, wo Puggé den Beweis führt, daß auch eine res nec mancipi im bonitarischen Eigenthum stehn konnte. Ob nun gleich dieser Punkt in meiner Abhandlung nicht besonders hervorgehoben ist, so stimmt er doch mit den Resultaten derselben vollkommen überein. Die Widersprüche beyder Aufsätze beschränken sich also lediglich auf solche Punkte, bey welchen sich Puggé der Kürze halber auf ältere Untersuchungen bezogen hat.

Bemerkungen über den Index Florentinus *).

Von

Puchta.

---

1) Als ausgemacht und durch die Ueberschrift des Index vollkommen entschieden kann angenommen werden, daß derselbe nicht ein von den justinianischen Digesten in jedem Sinne unabhängiges und etwa nur zufällig an eine Handschrift derselben gerathenes Verzeichniß, sondern daß er in einem inneren Zusammenhang mit ihnen stehe, und namentlich wirklich ein Register zu ihnen sey. Dieß ist die Voraussetzung, von welcher die folgenden Bemerkungen ausgehen.

2) Justinian hat selbst ein solches Register über die in den Digesten excerpirten Schriftsteller und Schriften mit dem Rechtsbuch publiciren lassen, dessen Beschreibung in der Const. Tanta §. 20. vollkommen auf den Inhalt des Index Florentinus paßt: Ne autem incognitum vobis fiat, ex quibus veterum libris haec consummatio ordinata est, jussimus et hoc in primordiis Digestorum nostrorum inscribi, ut manifestissimum sit, ex quibus legislatoribus, quibusque libris eorum,

*) Die Literatur über diesen Gegenstand, welche z. B. Spangenberg in seiner Einleitung anführt, worauf sich auch Zimmern in seiner Rechtsgeschichte beruft, steht mir nicht zu Gebote. Sind nun aber auch in jenen Schriften richtigere Ansichten vorgetragen, als bey den beiden angeführten Gelehrten, was ich gern voraussetze, so sind sie wenigstens von diesen schlecht benutzt worden. So kann mich denn die Ungewißheit, ob meine Bemerkungen in ihren Hauptpunkten auch neu sind, von der Mittheilung derselben nicht abhalten. Denn selbst im schlimmsten Fall sind sie wenigstens nicht überflüßig.

et quot millibus hoc justitiae Romanae templum aedificatum est. Die Worte: jussimus - inscribi, heißen nicht: es soll erst ein solches Register gemacht werden, wie sie Zimmern (Rechtsgesch. §. 59. a. E.) nimmt, sondern: es ist auf unsern Befehl gemacht und den Digesten vorgesetzt worden.

3) Wer sich nun das bisherige gegenwärtig hält, der wird wohl nicht versucht seyn, zu glauben, der florentische Index sey ein ganz anderer als der justinianische. Denn wer würde sich wohl in jener Zeit, in welche der florentinische fallen könnte, die Mühe gegeben haben, einen neuen selbstständig zu verfertigen, da schon einer vorhanden und mit dem Rechtsbuch selbst publicirt war? Wenn man nun dessen ungeachtet findet, es sey »nunmehr allgemeine Ueberzeugung«, daß der florentinische ein von dem justinianischen Index ganz verschiedener sey (nach Zimmern a. a. O.), so möchte man fast die Aeußerung in den Edinburgh Review (Decemb. 1828. S. 385.): die deuschen Kritiker (es ist dort insbesondere von den Juristen die Rede) seien ungläubig, wo sie glauben, und glaubten, wo sie ungläubig seyn sollten, — nicht für so unverständig halten, als sie in ihrem dortigen Zusammenhang und ihrer dortigen Anwendung wirklich ist. Der Grund, welchen diese Zweifler haben (abgesehn von jenem Irrthum Zimmern's über die wirkliche Ausführung des justinianischen Befehls) soll kein anderer seyn, als daß sich so entschiedene Unrichtigkeiten im Index Florentinus finden. Ich werde auf diesen Punkt unten zurückkommen; schon hier aber ist klar, daß derselbe gegen jene offenbare Unwahrscheinlichkeit einer neuen Abfassung in keinen Betracht kommt, und daß jedenfalls die Fehler schon im allgemeinen auf eine viel leichtere und näher liegende Weise, als durch jene Annahme sich erklären lassen. Eher spricht gegen die vollkommene Identität (aber auch nur gegen diese) der beiden Verzeichnisse die Sprache, in welcher das florentinische abgefaßt ist, denn es ist nicht ganz wahrscheinlich, daß Tribonian einem lateinischen Werke ein griechisches

Register vorgesetzt habe *). Sonach wäre dann der florentinische Index eine Uebersetzung des justinianischen (oder auch umgekehrt, was sich aus dem unten folgenden erklären wird), aber darum würde er nicht aufhören, dennoch der justinianische zu seyn, was mithin als entschieden anzusehen ist.

4) Aus der Eigenschaft eines Registers, welche wir vorausgesetzt haben, folgt, daß der Index nur die in den Pandekten excerpirten Juristen enthält oder enthalten sollte **), und eben so nur diejenigen ihrer Schriften, welche darin benutzt sind. Ueber die dabey angegebene Zahl der Libri aber endlich kann man sich zwey verschiedene Vorstellungen machen. Die erste besteht darin, daß man annimmt, es seien die Abschnitte des Werks nur so weit angegeben, als sie benützt worden sind; also wenn z. B. von einem aus zwölf Büchern bestehenden das zwölfte Buch kein Excerpt lieferte, seien im Index nur eilf genannt worden. Die zweite würde dann die seyn, daß im Register ganz abgesehen von der Benutzung die wahre Zahl der Bücher des excerpirten Werks aufgezeichnet worden sey.

Die erste Vorstellung hat das für sich, daß sie mehr mit dem Plan eines Registers übereinzustimmen scheint; der Verfertiger desselben sah die Pandekten durch, und somit war es natürlich, daß er auch die Zahl der Bücher aus ihnen nahm. Für diejenigen, welche den Index für eine spätere Arbeit halten, muß diese Vorstellung sogar entschieden die richtigere seyn, denn der spätere Verfertiger hatte schwerlich mehr die

*) Die Art, wie Zimmern a. a. O. die Sprache als Grund gegen die Abfassung des flor. Index durch Justinians Compilatoren anführt, scheint vorauszusetzen, die Compilatoren seien Römer gewesen.

**) Daß Sabinus im Index steht, und in den Pandekten nicht (nämlich mit abgesonderten Stellen), könnte, so weit wir bis jetzt sehen, ebensowohl ein Fehler unserer Pandektenhandschriften als des Index seyn. Nach den gewöhnlichen Vorstellungen von der Abfassung des Registers müßte man sogar fast eher das erstere annehmen, weil der Verfertiger eines Registers über ein vorhandenes Werk zwar leicht etwas wegläßt, aber nicht so leicht etwas zusetzt.

nöthigen Quellen zur durchgängigen oder regelmäßigen Bestimmung der wahren Bücherzahl, und die Fehler des Inder, worauf sie ein so großes Gewicht legen, würden sich bey einer so mühsamen Arbeit leichter erklären.

Für die zweite Vorstellung hingegen spricht, daß wirklich der Inder bey vielen Schriften mehr Abschnitte angiebt, als in den Pandekten benützt sind *), ferner, daß die Zahl der Libri häufig mit zu dem Titel der Schrift selbst gehörte, endlich daß eine allzugroße Genauigkeit (vorausgesetzt nur, daß dem Verfertiger die wahre Zahl bekannt war) hier gerade keinen besondern Vortheil gebracht hätte, wogegen eine große Anzahl von Libri der Absicht mehr entsprach, zu zeigen, quantae molis erat, presentes condere leges. Ich zweifle nicht daran, daß dieser Beweis Manchen von denen sehr überflüßig scheinen wird, welche sich schon bisher gar keine andere Vorstellung, als diese zweite, von der Sache gemacht haben. Aber sofern dieß solche sind, welche den Inder für eine spätere Arbeit halten, so thun sie damit sehr Unrecht; denn sie dürfen, wie ich vorhin gezeigt habe, diese zweite, in der That richtige Vorstellung nicht haben, und wenn sie dieselbe haben, so haben sie sie ganz bewußt- und grundlos.

5) Eine nähere Betrachtung der Art und Weise, wie der Inder zu Stande gekommen ist, wird alle Bedenken, welche bisher noch zurückgeblieben seyn können, vollständig lösen. Die ganz unbestreitbare Annahme, daß der Inder ein Register zu den Digesten ist, kann uns sehr natürlich auf die Vorstellung führen, daß er auch als Register dazu verfertigt, also erst nach Vollendung des Rechtsbuchs in der Art gemacht worden ist, wie man wohl jetzt dergleichen zu machen pflegt. Mir ist es ganz unzweifelhaft, daß seine Entstehung eine ganz andere war.

*) So steht z. B. aus dem 12. Buch der Institutionen des Florentinus, aus dem 17—23. Buch von Paulus Brevium libri, aus dem 79. und 80. Buch seines Edictscommentars u. s. f. kein Fragment in den Pandekten und dennoch sind sie im Inder angegeben.



Vor allem muß jedem so viel einleuchten, daß wenn auch nach Abfassung der Pandekten ein solches Register erst zu machen war, es der einfältigste Streich gewesen wäre, dasselbe nach den Digesten selbst, statt auf viel bequemere Art nach dem noch vorhandenen benützten Büchervorrath zu machen. Dieses Letztere müßten wir denn also jedenfalls annehmen. Aber es ist noch weiter zu gehen, und zu behaupten, daß das Register zu den Pandekten gar nicht eigentlich gemacht, sondern ein schon vorhandenes Verzeichniß zum Register gestempelt worden ist. Als nämlich der Entschluß gefaßt war, die Pandekten abzufassen, und die zu excerpirenden Werke zusammengebracht wurden, hatte oder machte man ohne Zweifel ein Verzeichniß darüber, einen Catalog, ohne welchen eine ordentliche Uebersicht des Vorraths so gut wie unmöglich gewesen wäre. Dieß vorausgesetzt, so war es wohl natürlicher, dieses schon vorhandene Verzeichniß zum Register zu machen, als ein neues zu machen, welches doch eben so hätte ausfallen müssen. Ja vielleicht wäre der Gedanke, ein Register vorauszusetzen, das doch eigentlich gar keinen Nutzen hatte (denn der Gebrauch der Schriften, auf welche darin hätte verwiesen seyn können, wurde verboten), gar nie entstanden, wenn man den Catalog nicht schon gehabt hätte. Mit diesem Umstand stehen nun noch folgende Punkte in Verbindung. Vor allem die merkwürdige Art, wie der Index florentinus das excerpirte Werk des Furius Anthianus anführt: μερος εδικτου βιβλιων πεντε *). Dieser Ausdruck wäre völlig unerklärlich, wenn der Index nicht nach den Werken, sondern nach den Digesten selbst verfertigt worden wäre, denn daß nur Stellen aus dem ersten Buch in den Pandekten vorkommen, hätte der Verfertiger theils nicht wohl so ausdrücken können, theils konnte es ihm überhaupt nicht einfallen, dieß

*) Ueber die Aechtheit der Lesart βιβλιων statt der in den Ausgaben gewöhnlichen βιβλια s. *Wieling*. Jurispr. restit. p. LXXIII. Not. g.

bey einem der letzten von ihm aufgeführten Juristen zu bemerken, nachdem so oft Gelegenheit zu dieser Bemerkung vorhanden gewesen war, ohne von ihm benutzt zu werden. Aber auch wenn wir annehmen, es stehe in einem über die Werke verfertigten Register, doch aber in einem Register, in einer Arbeit, die nur als solches entstand, ist es nicht wohl erklärlich, weil es dann als eine völlig überflüßige Bemerkung erscheint. Erst dann erklärt es sich vollkommen, wenn es der Anfertiger eines Catalogs über die zusammengebrachten Bücher schrieb. Mit unserer Annahme ist ferner nicht weniger übereinstimmend, wenn manche Schriften nicht angegeben sind; denn z. B. bey später hinzugebrachten konnte man wohl hie und da die Eintragung in das Verzeichniß, vor der Abgabe an die einzelnen Sectionen, versäumen. Endlich erklärt sich nun erst vollständig, wie Sabinus recht wohl in dem Verzeichniß stehen konnte, ohne in den Pandekten excerpirt zu seyn; das Verzeichniß war seiner ursprünglichen Bestimmung nach ganz richtig, es erhielt diesen Fehler nur durch seine nachherige Verwandlung in ein Register.

Nachtrag zu meinem Aufsatz über mortis causa donatio im Rheinischen Museum II. 3. und III. 1. auf Veranlassung einer Abhandlung über denselben Gegenstand in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proceß, Gießen 1828. II. 1. No. IV.

Von

Hasse.

Der Verfasser der in Rubro bezeichneten Abhandlung (Herr Professor und O. A. Rath v. Schröter in Jena) hat die gütige Rücksicht am Schluß derselben in einer eignen Note zu erklären, »daß er die Absicht zur Mittheilung der (seine Abhandlung bildenden) Bemerkungen schon lange vor dem Erscheinen der ersten Hälfte meiner Abhandlung (über Erbvertrag II. 2.) gehegt, und sie der Redaction jener Zeitschrift vor dem Erscheinen des dritten Heftes (der ersten Fortsetzung der ganzen Abhandlung, und zugleich der ersten Hälfte des Aufsatzes über m. c. donatio, nämlich II. 3, wo das klassisch-römische Recht entwickelt wird) angekündigt habe. Inzwischen ist nun auch der Schluß des zuletzt gedachten Aufsatzes, welcher das neuere römische und heutige Recht enthält, im Museum III. 1. erschienen, ehe jenes Stück der Gießener Zeitschrift herausgegeben oder doch hieher gekommen ist. Der Verfasser beruft sich hinsichtlich jener Erklärung auf das Zeugniß theils seines Herrn Collegen Zimmern, theils der

Redaction. Hiergegen ließe sich vielleicht juristisch Manches einwenden, aber es ist nicht meine Weise, unsre Jurisprudenz auf Dinge anzuwenden, wo sie übel am Platz seyn würde. Ich glaube es vielmehr dem Verfasser auf sein Wort, daß er weder meinen Aufsatz, so weit er ihm vor Absendung des seinigen an die Redaction bekannt geworden, noch irgend sonst etwas von mir — in diesem Sinne darf ich wohl auch seine Versicherung verstehen — zu seiner Arbeit, wie er sie jetzt vorlegte, benutzt habe: Derselbe ist mir als ein Mann bekannt, der keiner wissentlichen Unwahrheit fähig ist, und so bedarf es hier gar keines fremden Zeugnisses.

Es ist aber zu bescheiden von dem Herrn Verfasser, wenn er mir äußert, »wir stimmten in einigen Punkten überein, dennoch würden beide Abhandlungen wohl neben einander bestehen können.« Wir stimmen vielmehr grade in Hauptpunkten überein, und so sehr auch im Ganzen die Behandlung verschieden ist, so ist doch auch selbst die Argumentation in diesen Hauptpunkten in beiden Aufsätzen fast dieselbe: in beiden wird endlich auch das Verhältniß des justinianischen zum klassischen Recht in auffallend ähnlicher Weise festgestellt. Da nun kein Aufsatz aus dem andern, und keiner aus gemeinsamen neuern Quellen so geschöpft hat, daß diese Aehnlichkeit daraus herrühren könnte; so ist dieß ein Beleg, daß wenn in einer Zeit ein emsigeres Studium der ächten alten Quellen selbst begonnen hat, und man sich schon entwöhnt hat, fehlerhaften Autoritäten nachzusprechen, Mehrere, die diesem neu erwachten Triebe nachgeben, zu gleicher Zeit auf dieselben nützlichen und bisher verkannten Wahrheiten treffen müssen. Und in dieser Art sind schon gewiß in neuerer Zeit nicht wenig Entdeckungen von mehr als einem Juristen gemacht worden, die nur noch etwa vom Catheder sind gehört worden, dem größeren Publikum aber noch verschwiegen geblieben sind. Das ist denn ein Hauptgrund mit, weswegen sich am wenigsten der gegenwärtige Stand der Wissenschaft nach den Hand-

büchern beurtheilen läßt, denn von diesen kann man nicht Unmögliches verlangen. Eben aber weil sich das im Stillen vervielfacht, kann man sagen, daß die Zeit, indem wir ihren Ansprüchen folgen, diese Entdeckung für uns oder durch uns macht; und so wird kein Verständiger eine stolze Abgeschiedenheit und Einsamkeit darin wünschen oder fordern. Es ist damit ähnlich, wie mit den Erfindungen in ganz andern, auch mechanischen Dingen, und da ist es nicht zu verwundern, daß wenn die Erfindung erst einmal in der Zeit etwas zurückgetreten ist, mehrere Urheber derselben oft in verschiedenen Nationen genannt werden. Im übrigen bin ich weit entfernt, die kleinen Entdeckungen, welche hier in Rede stehen, mit jenen großen Erfindungen, worauf Nationen eitel sind, vergleichen zu wollen; gegen einen so sonderbaren Fehlgriff schützt mich schon, daß ich nicht einmal recht mehr im Stande bin, sie als neue zu empfinden, vielmehr schon aus den im Museum II. 3. S. 310 Note 116. angeführten Gründen das Meiste mir als etwas Altes vorkommen muß [1]). Dennoch habe ich nicht viel zu wagen geglaubt, daß ich es unternahm, sie in dieser Gestalt dem größeren Publikum vorzulegen. Denn wenn ich etwas als Eigenheit meines Werks vindiciren darf, so ist es, daß darin der Rechtsstoff, wie er ist und immer seyn wird, vollständig und mit einer gewissen Freiheit der Reflection voraus erwogen, und dann hiernach in den römischen Quellen, wie er da ausgeprägt worden, nachgewiesen worden ist. Dadurch gedachte ich mich gegen Einseitigkeit und Uebertreibung, die hier alles leicht wieder verwirren könnten, zu bewahren. Hat nun Jemand einen andern Weg eingeschlagen, und ist lediglich durch sorgfältige Betrachtung der Quellen in historischer Folge (woran ich es denn zwar auch nicht habe fehlen lassen) bey denselben Wahrheiten angelangt, so kann mich das nur freuen. Betrachte ich nun aber aus

1) Ist hier etwas Neues, so liegt es wohl mehr in dem Ensemble, als in den Einzelnheiten für sich betrachtet.

diesem Gesichtspunkt die beiden Aufsätze zu einander, so sind es grade nur die hauptsächlichen Passus, welche der bisher herrschenden Theorie von der m. c. donatio zugekehrt sind, und ihr entweder schon an und für sich, oder doch in dem neuen Zusammenhang widerstreiten, worin sie grade mit einander übereinstimmen; dagegen in der Art, die Sache nun neu und endlich zu fixiren, gehen sie sehr auseinander. Um es rein herauszusagen, die eine Hälfte der Abhandlung, welche das Verhältniß der Schenkung Todes halber zum Vermächtniß bestimmt, ist fast ganz wie die meinige; die andre Hälfte dagegen, welche das Verhältniß zur Schenkung unter Lebenden angiebt, ist durchaus davon verschieden, und schon die Grundidee, welche diese bedeutende Verschiedenheit bey so großer Aehnlichkeit bewirkt hat, ist meiner Ansicht gänzlich fremd.

Nun könnte man es den beiden Schriften selbst überlassen, sich unter einander zu recensiren, wenn nicht dießmal ein uneigennütziges Interesse, welches sich am Ende ergeben wird, dazu triebe, ihnen dabey voraus ein wenig zu Hülfe zu kommen. Daher werde ich jenes Urtheil hier genauer belegen und entwickeln. Das kann denn zugleich zu einer erleichternden Uebersicht der ganzen Materie dienen. Doch würde auch dieß noch kaum die Wiederholung rechtfertigen, wenn sich nicht Bemerkungen daran knüpfen ließen, welche allenthalben das Wesen noch mehr aufzudecken im Stande sind.

I. Die gemeinsamen Wahrheiten sind ungefähr:

1) daß die m. c. donatio in einer Vermögensvermehrung besteht, die spätestens in dem Augenblick geschehen muß, da der Erblasser stirbt, so daß die Gabe überall nicht in die Beerbung hineingezogen, sondern von der Antretung der Erbschaft und Vermittlung des Erben unabhängig bleibt. G. Z. S. 108. R. M. S. 346 N. 6. 7.

2) daß also bey donatio *rei* ein Akt geschehen muß, durch welchen Eigenthum übertragen wird, im alten Recht mancipatio, in iure cessio, traditio, folglich im Justinianischen

Recht immer traditio: in demselben ist m. c. donatio rei gar nicht zu denken, wo es an einer traditio fehlt. G. Z. S. 117. Mit der L. 2. D. de Public. act. ist aber hier der Verfasser gar zu schnell fertig geworden. Wäre der Text hier nicht so offenbar verdächtig und unächt, und eine unabsichtliche Verkehrtheit beym Einschieben des Textes so sichtlich; so wäre es doch eine bedenkliche Sache nur zu sagen, »es ist nun aber einmal nicht möglich, dieß anders zu verstehn, als von einer Tradition, durch welche das Eigenthum erst beym Tode übergehen solle.« Vergl. Rh. M. S. 348 ꝛc.

3) Die Tradition, welche hier geschieht, bewirkt regelmäßig augenblicklichen Erwerb des Eigenthums. G. Z. S. 101. N. 1. mit S. 104. Rh. M. S. 328. ꝛc. besonders auch S. 334. N. 167. Doch kann man ausdingen, daß der Uebergang des Eigenthums erst im Moment des Todes erfolgen solle. G. Z. S. 101. N. 1. S. 117. N. 5. a. E. Es ist aber bedenklich, wie S. 101. zu sagen, der Uebergang erfolge dann in diesem Moment ipso iure, denn er geschieht zufolge der frühern Tradition; oder auch beides, wie S. 117, im Ausdruck zu verknüpfen: »vermöge der vorangegangenen Uebergabe ipso jure,« dieß sieht fast wie ein Widerspruch aus, es soll aber freilich so viel heißen, es sey nun kein neuer Akt der Uebertragung durch den Erben nöthig, allein unter ipso jure übergehen versteht man leicht ohne allen besondern Uebertragungsact, wie bey Vindicationslegat übergehn, und damit ist denn auch eine zu diesem Ende vorangegangene Tradition ausgeschlossen. So ist also der Ausdruck hier entweder zweideutig oder pleonastisch. Vergl. R. M. S. 335. N. 17. Noch bedenklicher ist die Aeußerung G. Z. S. 101, »der Beschenkte erwerbe vorläufig nur den Besitz.« Unter Besitz versteht man gewöhnlich juristischen (possessio). Dieser wird hier aber gewiß mit suspendirt durch die Bedingung, da das die Regel bey allen bedingten Geschäften ist [2]). Die Suspensivbedingung ist hier nämlich:

2) Vergl. L. 38. §. 1. D. de possess. mit L. 4. pr. D. de in diem ad-

ich schenke dir, wenn ich vor dir sterbe; regelmäßig ist dieß nur Resolutivbedingung: ich schenke dir, aber stirbst du vor mir, so kehrt das Eigenthum zu mir zurück; R. M. N. 14. Ein Anderes wäre, wenn man so regelmäßig eine fremde Sache schenkte und tradirte, diese aber z. B. aus objectiven Gründen nicht usucapirt werden könnte; hier würde zwar keine Possessio civilis, aber doch Possessio übergehn, und so auf der Stelle das Vermögen des Beschenkten durch das Interdictenrecht vermehrt werden. Bey jener Suspensivbedingung geschieht gar keine Vermögensvermehrung vor dem Tode. Ob der Schenker, indem er dem Beschenkten die Sache tradirt, sie gleich wieder zurücknimmt, oder sie ihm läßt, um sie zu detiniren, und sie seiner Custodia anvertraut, ist in dieser Hinsicht ganz einerley: der Eigenthumsübergang erfolgt doch beym Tode [3]). Man könnte zweifelhaft seyn, und für alle Fälle einer solchen bedingten traditio rei die Frage aufwerfen, ob denn erforderlich sey, daß in dem Augenblik der erfüllten Bedingung, hier des bey Lebzeiten des Beschenkten erfolgenden Todes des Schenkers, dieser Besitzer seyn müsse, selbst oder durch einen Stellvertreter, was auch der Beschenkte seyn kann, oder ob der vorhergegangene Verlust des Besitzes an einen Dritten oder sonst den Eigenthumsübergang hindere, weil jetzt, wo die Tradition erst wirken solle, sie keinen Besitz mehr übertragen könne, und sonst folgen würde, daß Eigenthum durch Tradition ohne Besitz übergehen könne. Allein dieß ereignet sich hier wirklich so, wie auch in dem Fall, wenn der Tradent inzwischen wahnsinnig wurde; wäre dieß anders, so könnte nicht so entschieden allgemein in solchen Fällen gesagt werden, daß bey erfüllter Bedingung das Eigenthum sofort

dict. L. 2. D. pro dote. Die beiden letztern Stellen sprechen zwar nur von der Ausschließung der Usucapion und des Fruchterwerbs, aber diese hat allein darin ihren Grund, weil der Accipiens traditione vor der Erfüllung der Bedingung gar nicht für sich, sondern nur für den Tradenten besitzt.

3) Ein eigentliches Precarium kann hier freilich hinsichtlich des vorläufigen Besitzes eine Ausnahme machen.

übergehe [a]). An ein Zurückziehen des dinglichen Rechts, des Eigenthums, ist aber niemals zu denken, wie sich leicht anderweitig zeigen ließe. Wurden aber in der Zwischenzeit mit Bewilligung des Schenkers Früchte gezogen, so sind diese nun ohne Zweifel entweder als von Anfang an, oder als nun mitgeschenkt zu betrachten. Rh. M. S. 340. unt. u. S. 331. Not. 160. unt.

4) Die Form der m. c. donatio hatte niemals etwas Ausgezeichnetes und namentlich die Lex Cincia bestimmte keine Form für sie. S. Z. S. 99. 100. Der Verf. sagt, wie auch Andre, ganz allgemein und ohne Einschränkung, »die L. C. sey nur auf Donationes inter vivos angewendet worden.« Das ist schon mehr als ich Rh. M. S. 313. alles zusammengelesen behauptet habe; doch diese Differenz, so wie überhaupt die Form, wollen wir noch erst einmal zurückstellen.

5) Die Vermögensvermehrung aber, welche jede m. c. donatio erfordert, kann auch anders als durch Traditio geschehen, vorzüglich durch Obligatio constituta. Dazu gehöre denn noch nach Justinianischem Recht, Stipulatio, und bloßer Vertrag selbst vor Zeugen reiche nicht hin. Durch die Stipulatio werde denn gleich die Forderung vom Beschenkten erworben, die Fälligkeit aber bis zum Tode aufgeschoben. S. Z. S. 101. N. 3. a. S. 105. i. Also nimmt auch gewiß der Verf. die Bezahlung von Rückständen für die Zwischenzeit nicht an, obgleich er sich nicht besonders darüber erklärt. Vergl. R. M. S. 324.

6) Die Schenkung Todes halber ist zwar regelmäßig widerruflich bis zum Tode; aber durch besondre Verabredung kann die Reue ausgeschlossen werden, wenn nur bleibt, daß der frühere Tod des Beschenkten von selbst widerruft. S. Z. S. 108. 109. Ueber die Gründe und ganze Ansicht sind wir

a) Vergl. L. 29. D. de m. c. donat. und L. 7. §. 3. L. 9. pr. D. de iure dot. mit L. 2. §. 5. de donat. L. 8. pr. D. de periculo.

hier freilich nicht durchaus einverstanden, wie sich noch in der Folge zeigen wird. Vergl. R. M. S. 337. 338. S. 366. N. 4.

7) Aus dem, was über die Vermögensvermehrung spätestens beim Tode gezeigt worden, wird gefolgert, daß eine Gleichstellung der m. c. donatio mit dem Legat dem Wesen nach schlechterdings undenkbar sey, da dieses aus der Erbschaft gegeben wird, und von der Antretung abhängig ist. Der Verf. hat dies eingesehen, dennoch aber scheint er das einzig Charakteristische dieses Unterschiedes nicht so tief empfunden zu haben, als es recht ist, wenn er in der Charakteristik S. 105. voran stellt, daß das Legat eine einseitige Willensäußerung sey, und nur nachfolgen läßt: »dazu kam endlich die völlige Unabhängigkeit von der Hereditas.« Dadurch könnte der Verf. wieder auf die Pfade seiner vielen Vorgänger gerathen. Meinem Aufsatz kam zu Hülfe, daß er sich auch schon mit dem Erbvertrag beschäftigt hatte, und den singulären Erbvertrag, der immer ein zweiseitiges Geschäft und immer als ein Vermächtniß von der Erbantretung abhängig, doch niemals eine Schenkung Todes halber ist, selbst wenn diese einmal unwiderruflich eingegangen wurde, — stets im Auge behielt. Vergl. Rh. M. III. 1. §. 5. S. 18. 2c.

8) Die m. c. donatio bewirkt immer nur Singularsuccession. G. Z. S. 123. Rh. Mus. III. 1. S. 14.

9) Da nun die Vergleichung mit dem Legat, welche so oft in den Quellen vorkommt, nicht das Wesen der m. c. donatio treffen kann, so erstreckt sie sich bloß über einzelne Punkte. G. Z. S. 139 2c. Ich habe bey den mehrsten dieser Einzelnheiten besonders zu zeigen gesucht, daß die Umgehung rechtlicher Bestimmungen, welche durch die Aehnlichkeit mit dem Legat so sehr erleichtert wurde, bis auf einen gewissen Punkt der Grund der Gleichstellung war. Rh. M. S. 355 2c. Der Verf. des Aufsatzes in der G. Z. sagt S. 124. allgemein: »es fällt in die Augen, daß sie sich nur auf Verhältnisse beziehen, in welchen durch mortis causa Donationes leicht in

fraudem der von Legaten geltenden Grundsätze gehandelt werden konnte, während man im Uebrigen nicht an Vergleichung dachte.« Nun konnte aber doch diese Fraus ihren allgemeinen Grund nur darin haben, daß die m. c. donatio wie das Legat widerruflich war, wie der Verf. auch S. 130. selbst eingesteht, nur mit einem etwas sonderbaren Beysatz, von welchem nachher. Der Verf. scheint hier also nirgends an den Ausnahmsfall gedacht zu haben, wo die Reue ausgeschlossen worden. Simulation war doch hier so leicht nicht möglich, denn hätte das Schenkungs-Instrument die Unwiderruflichkeit ausgesagt, der Beschenkte aber einen Revers ausgestellt, so würde sich dieser Revers wohl in dem Nachlaß des Verstorbenen gefunden haben. Sodann scheint der Verf. die beiden Vergleichungspunkte, welche ich unter einer besondern Rubrik (I. 1. 2. S. 353 — 355) vorangestellt hatte, nicht recht erwogen zu haben. In dem ersten Fall kann die Vergleichung mit dem Legat eigentlich nur in so weit etwas bedeuten, als Schenker und Beschenkter ohne Fraus handelten. (S. 354.) Bey der Confiscation ist es noch weniger fraus legis, was die Vergleichung herbeyzieht; sondern der Fiskus widerruft, was der capite damnatus widerrufen konnte, wenn dieser auch keineswegs dolo malo den Widerruf unterließ, oder erst hingab, vielleicht unwiderruflich, weil er seine Verurtheilung vorhersah. Es wird aber doch in der L. 7. h. t. der suspicio poenae erwähnt? Allerdings, aber nur um zu sagen, daß es nur bey den übrigen Schenkungen auf suspicio poenae und darauf ankomme, daß man nicht in fraudem Legis geschenkt habe; dagegen die m. c. donatio „removetur *ut imperfecta*," d. h. weil sie nicht bloß gemeiniglich aus Reue, sondern immer durch den Vortod des Beschenkten widerrufen werden kann. Also auch wenn er früher T. h. schenkte, als er die Handlung beging, und ohne Vorsatz derselben, kann die Sache in das confiscirte Vermögen hineingezogen werden.

Es ist also nicht zu verkennen, daß zwar bey den mei-

sten, nicht allen, Vergleichungsarten die zur Umgehung des Rechts anlockende Widerruflichkeit den ersten Impuls gab, die Aehnlichkeit mit dem Legat geltend zu machen; aber wo diese auch in genere oder in specie ausging, da haben doch die ersten Juristen, Julian, Papinian, Ulpian u. s. w. eine consequente Gleichförmigkeit vorgezogen, da dieser auch die Billigkeit eigentlich nirgends entgegenstand, und das Princip weiter gefaßt als das Motiv ging: die m. c. donatio ist wie das Legat niemals eher vererblich, als nach dem Tode des Schenkers, sie ist also immer noch nicht dem Vermögen des Beschenkten gesichert, sie ist noch immer imperfecta, wie Ulpian sagt, oder, wie Papinian sagt (R. M. S. 357 unt.) sie begriff noch immer etwas, was „morte insecuta quodammodo bonis aufertur," obgleich es nicht in die eigentliche Erbschaft kommt. — Sollte dem Verfasser, so wenig er von einem Schwanken der m. c. donatio zwischen Schenkung unter Lebenden und Legat etwas wissen will, doch hier nicht ein kleines Fibriren der Wage-Zunge auffallen?

Zu den von mir genannten Einzelnheiten jener Vergleichung hat der Verfasser noch hinzugestellt S. 113:

A. daß über Todes halber geschenkte Alimente, so gut wie über vermachte Alimente, nicht ohne Prätor transigirt werden kann [5];

B. daß die einer Schenkung T. h. hinzugefügte Conditio iurisiurandi nicht wirksamer ist, als bey einem Vermächtniß [6];

C. daß der T. h. geschenkte Usufructus so gut wie der vermachte eine Caution erfordert [7].

Nicht bloß ihrer Unbedeutendheit wegen habe ich diese Fälle nicht angeführt, sondern weil ich nicht glaube, daß hier

5) L. 8. §. 1. D. de transact.

6) L. 8. §. 3. D de condit. inst.

7) L. 1. §. 2. D. usufruct. quemadm. cav. Vergl. Rh. M. S. 322. Not. 136.

eigends eine Gleichstellung mit Legat geschah, am wenigsten durch eine freie Interpretation der klassischen Juristen. Von A. spricht der Verf. so, als hätte Gajus dieß zuerst eingeführt, ich weiß nicht warum? die L. 8. ist von Ulpian, und man sollte denken, daß das Senatusconsult (unter Marc Aurel) allgemein von Alimenta *relicta* sprach, da dieß Wort so oft in dieser Ulpianischen Erörterung wieder vorkommt, oder doch sonst der Ausdruck so allgemein gestellt war, daß die Oratio schon selbst die m. c. donatio, und andre m. c. capio in sich begriff. Der Anfang des §. 2 kann füglich so verstanden werden, daß bey dem SCsult allerdings zunächst an Testamente und Codicille gedacht worden sey 8), alles sodann aber, ohne die m. c. donata den legatis besonders gleich zu stellen, alles wird, als verstehe es sich von selbst, auf das relictum esse reducirt, bey quoquo modo *relictis* alimentis soll nach den Worten oder doch nach der entschiedenen Absicht des SCts die Vorschrift eintreten, nicht etwa weil hier in fraudem Orationis gehandelt werden konnte, wie in einem andern Fall nach §. 20. eiusd. leg. verhütet wurde. Umgehung des SCts ließ sich hier entweder gar nicht, oder eben so gut bey einer inter vivos donatio denken, und doch heißt es am Schluß des §. 2.: plane de alimentis, quae non mortis causa donata sunt, licebit et sine Praetore auctore transigi; aber warum? natürlich weil ja der Schenker selbst unmöglich gehindert werden konnte über die von ihm selbst geschenkten Alimente zu transigiren, und reichten sie über seinen Tod hinaus, so war das nur zufällig, er hatte sie nicht hinterlassen wollen, also konnte auch nicht in Betracht kommen, daß das von ihm Hinterlassene nach seiner Absicht eine dauernde Unterstützung seyn sollte, und diesen Willen wollte das SCt nur aufrecht erhalten, aber auch in allen Fällen aufrecht erhalten. Alles

8) Beyläufig gesagt, beweist auch diese Stelle wieder, daß m. c. donationes mit Testament und Codicill gar nichts zu thun haben, und in diesen überall nicht vorkommen können.

aber was von ihm mortis causa capirt wurde, war hierunter begriffen, denn alles war hinterlassen.

Ganz ähnlich ist es mit B. Das Fragment, worin dieß enthalten, ist auch von Ulpian, und er gibt da durch nichts zu verstehen, daß dieß, dem Edict seinem eigentlichen Inhalt nach fremd, erst durch die beliebte Gleichstellung mit Legat hinangelegt worden. »Quae, heiß es allgemein im Anfang, sub conditione iurisiurandi *relinquuntur*, a Praetore reprobantur,« und bald darauf: voluit ergo eum, cui sub iurisiurandi conditione *quid relictum est*, ita capere etc., und hier sind donata mortis causa *relicta*, wie er es in L. 8. §. 1. D. de transact. selbst ausdrückte. Vielmehr werden hier in L. 8. §. 2. de cond. inst. cit. die Fideicommisse mit den Legaten verglichen: »quia vice legatorum funguntur,« das heißt denn aber nichts weiter, als sie vertreten das Legat, indem sie dem Stoff und Zweck nach demselben gleich stehn. Die m. c. donationes folgen dann in §. 3. hintennach ohne alle Vergleichung, und indem nur anschaulich gemacht wird, wie dieß vorkommen könne: si forte quis caverit, nisi iurasset se aliquid facturum, restiturum quod accepit, mit dieser Promissio war der Stipulatio der Alimente begegnet: wieder ein Beleg, daß eine m. c. donatio nicht durch letzten Willen vermacht, obgleich hinterlassen werden konnte, indem man vor seinem Tode schon hingegeben oder promittirt hatte, aber widerruflich oder doch vorerst unvererblich. — Wenn man hier immer annehmen wollte, die Juristen, wie dießmal Ulpian, machten eigne Ausdehnungen, die nicht schon in Wort oder Sinn des Gesetzes wirklich lagen, so müßte man das auch von dem Inhalt des §. 1. behaupten: »hoc Edictum etiam *ad legata* pertinet, non tantum ad heredum institutionem«, so daß also schon die Legate selbst die Ausdehnung traf, und das Edict nur die Erbeinsetzungen gemeint hatte; so kämen hier am Ende die Schenkungen Todes halber zu der Ehre einer Gleichstellung mit Erbeinsetzungen.

Mit C. ist es endlich nur scheinbar anders. Allerdings mogte das Edict ursprünglich nur von Legaten, und nicht von Fideicommissen zu verstehen gewesen seyn, da es vermuthlich älter wie diese war, und daher heißt es in §. 2.: illud sciendum est ad fideicommissa etiam eam (cautionem usufr.) aptari debere. Unbedenklich (»plane«), heißt es gleich darauf, müsse die Cautio auch bey dem mortis causa constituirten Ususfructus erfordert werden, »exemplo legatorum«, das heißt hier nicht: wegen einer besondern Gleichstellung mit Legat, sondern weil es sich von selbst versteht, daß die Absicht des Edicts diesen, und ursprünglich schon, eben so gut traf, wie die Legate. Das ist ja ganz klar, wenn man nur den nun folgenden Schluß hinzunimmt: sed et si ex alia quacunque causa constitutus fuerit ususfructus *idem* dicendum est. Alles dieß faßt derselbe Ulpian in L. 13. pr. D. de usufr., nach Julians Beyspiel, mit den drey Worten zusammen: »haec autem *ad omnem usumfructum* pertinent.« Nur wenn es anders richtig ist, wie ich anzunehmen geneigt bin, daß der Quasiususfructus bloß für das Legat eingeführt war, und von den Klassikern auch nicht auf einen inter vivos constituirten Ususfructus ausgedehnt wurde, konnte es bey fungibeln Sachen zur Frage kommen, wohin der Todes halber geschenkte Ususfructus zu stellen sey, und hier konnte es dann einen besondern Sinn haben, daß die Cautio exemplo legatorum eintrete. Und hier würden sich auch wohl die römischen Juristen nicht bedacht haben, ungeachtet an eine Umgehung nicht zu denken war, einen solchen Ususfructus, z. B. an einem ganzen Vermögen ohne Unterschied, ad instar legati ususfructus zuzulassen, da dieß auch ein ususfructus *relictus* war, und bey Lebzeiten derselbe regelmäßig widerruflich war.

Bei dieser Ausführung kam es mir weniger auf eine Rechtfertigung, daß ich diese Fälle übergangen war — immerhin mag sie auch künftig ein Compendium unter die Vergleichungs-

punkte mit aufnehmen —, als darauf an, die eigentlichen Gründe, weswegen es hier bey Schenkung T. h. nicht anders seyn konnte, als bey Legat, aufzufinden. Sonst würde ich mich nicht so lange dabey aufgehalten haben.

Dagegen hat mir nun aber der Verfasser der Abh. in der S. 3., gleichsam compensando, eine Vergleichsart hinweggenommen, nämlich daß auch ein Fideicommiß aufgelegt werden könnte, R. M. S. 361. N. 20. Er rechnetdas S. 116 N. 4. unter die grundlosen Beyspiele, und zwar deßwegen, »weil es allgemeines Princip sey, daß jede widerrufliche Freigebigkeit, daher auch eine durch besondere Verabredung widerruflich gemachte Donatio inter vivos zum Gegenstande eines Fideicommisses gemacht werden könne.« In der Note werden angeführt L. 96. §. 4. D. de legat. I. und L. 37 §. 3. D. de legat. III. Beide Stellen hatte ich dort in der Note 204 auch zur Vergleichung angeführt, sie hatten mich aber nicht bewogen, den Fall aus der Reihe wegzulassen. Die erstere spricht von einem Fideicommiß, was auf die Leistung des statu liber gelegt ist, also doch auf eine letztwillige Gunst und Gabe. Das kann also die Vergleichung mit dem Legat nicht mehr zurückstellen, als wenn sich findet, daß auch auf ein Fideicommiß ein Fideicommiß gelegt werden kann. Bedeutender ist schon L. 37. cit., denn diese hat allerdings einen Fall, wo eine Schenkung unter Lebenden (»non mortis causa«) insbesondre widerruflich gemacht war, und eben deshalb gültig mit einem Fideicommiß beschwert worden war. Wie sich eine solche von der Willkür des Schenkers noch immer abhängige Schenkung doch allemal noch durch eine Art der Unwiderruflichkeit von jeglicher Schenkung Todes halber unterscheidet, werden wir unten in Betracht ziehn. Hier ist aber darauf aufmerksam zu machen, daß die Widerruflichkeit durch eine besondre Stipulation bewirkt, also ein debitum ex stipulatu mit dem Fideicommiß belegt worden war; weswegen denn auch Scävola dieß auf die Constitution des An-

toninus Pius zurückführt (»maxime post constitutionem Divi Pii, quae hoc induxit [9])). Eigentlich gehörte es sich, die verba precaria an den Erben zu richten, nicht daß das besondre Form war, aber es lag in der Natur der Sache, und daran ließ sich die Absicht ein Fideicommiß zu errichten am besten erkennen. Indeß da das Fideicommiß formlos war, so stellte Papinian schon den Grundsatz auf: wenn nur klar erhellt, daß man eine letztwillige Verfügung machen wollte zu Gunsten Jemandes, so mag die Rede gerichtet seyn an wen und wie sie will, (»non enim quaeri oportet cum quo *de supremis* quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigetur [10])), es muß das als Fideicommiß aufrecht erhalten werden [11]). War aber ein Schuldner des Erblassers von diesem gebeten worden mit den Worten »fidei tuae committo«, daß er die Schuld an einen Nichterben bezahlen möge, so lag hierin noch kein entschiedenes Kennzeichen einer letztwilligen Verfügung, und man mußte schon auf die doch auch einer andern Deutung fähigen Worte: fidei tuae committo, gleichsam wie auf eine Formel ein besonderes Gewicht legen. Das hatte aber schon Antoninus Pius in dem Fall eines Depositi gethan, ungeachtet die Juristen seiner Zeit es bedenklich finden mogten, und so konnte Papinian von ihm sagen: hoc induxit, und es als Regel auf einen andern Fall anwenden. Die Juristen construirten dieß nun aber so, daß zunächst dem Erben die Erlassung der Schuld aufgelegt, und auf dieses Fideicommiß das zweite gelegt sey, das Geld an den

9) L. 77. D. de legat. I. Ulp. l. 5. Disput. Si *pecunia fuit deposita* apud aliquem, eiusque fidei commissum, ut eam pecuniam praestet, *fideicommissum ex Rescripto D. pii debebitur* quasi videatur heres rogatus remittere id debitori. nam si conveniatur debitor ab herede doli exceptione uti potest, quae res utile fideicommissum facit. Quod cum ita se habet, *ab omni debitore* fideicommissum relinqui potest.

10) L. 77. §. 26. L. 75. pr. D. de legat. II. vergl. mit L. 31. §. 3. D. de donat. u. Fragm. Vat. §. 257.

11) Gewiß ein gefährlicher Satz für jede Jurisprudenz, die nicht so feste Glieder hat, als die römische damals hatte.

Dritten zu zahlen. Einer Acceptilation des Erben bedurfte es da nicht, sondern die Exceptio doli gegen den Erben reichte hin, und der Fideicommissar konnte dann gegen den Schuldner klagen. So wenigstens erklärt Ulpian die Sache in L. 77. Not. 9. cit.

Könnte man nun nicht auch sagen: wenn auf eine m. c. donatio ein Fideicommiß gelegt wird, so wird damit die Schenkung widerrufen [12]), daraus erwächst die Condictio, die auch dem Erben zusteht, und auf diese, also auf eine Schuld, ist zunächst das Fideicommiß gelegt? Hiernach wäre es nicht Vergleichung mit einem Legat, sondern mit einem Debitum, was die m. c. donatio fideicommißfähig machte, oder vielmehr es würde unser Fall nur unter die allgemeine Regel von mit Fideicommiß beschwerten Schulden gestellt. Dann müßte ich mir das Exil schon gefallen lassen, um nicht mit dem was ich oben über die Cautio usufructuaria u. s. w. gesagt habe, in Widerspruch zu gerathen.

Dieß ist scheinbar, aber es will mir doch nicht so vorkommen, als wenn die römischen Juristen sich das ganz so gedacht haben. Freilich in den Stellen, die hiervon sprechen,

12) Der Fall, da die Reue besonders ausgeschlossen wurde, kann einem Fideicommiß nicht unterworfen werden, wie im Rh. M. a. a. O. schon bemerklich gemacht worden war. Auch der Verf. des Auff. in der G. Z. muß damit einverstanden seyn, obgleich er es nicht erwähnte, denn er stelle alles hier auf den Widerruf aus Reue. Zwar muß noch bemerkt werden, daß mit einer solchen Schenkung ein Fideicommiß verbunden werden kann für den Fall, da der Beschenkte vor dem Testator sterben sollte; allein hier geht die Schenkung auf jeden Fall zu Grunde, es mag das Fideicommiß damit verknüpft seyn oder nicht. Dieses ist genau gesprochen gar nicht auf die Schenkung gelegt, sondern nur auf den Gegenstand derselben, und diesen ist nun der Erbe als eine vermachte Sache schuldig. Vielleicht lag der L. 1. C. h. t. ein solcher Fall zum Grunde. Daß die m. c. donatio perficirt seyn muste, d. h. durch Tradition (Mancipation, Cessio in jure) oder Stipulation, ist nicht entgegen, denn wo nicht wahrhaft geschenkt war, da war auch kein Gegenstand der Schenkung, und also auch nicht des Fideicommisses. Indeß kann auch der Tod des einen Donatars als nach dem Tode des Erblassers erfolgend gedacht werden, da ist denn durch den fideicommissarischen Widerruf die Schenkung theilweis aufgehoben, nämlich durch Beschränkung in der Zeit.

kommt keine wörtliche Vergleichung mit dem Legat vor, aber auch nirgends wird dieß, wie in jenen Fällen immer, auf die Constitution des Antonin zurückgeführt. Die Stipulation, die in L. 11. D. de dote prael. vorkommt, ist die Schenkung selbst, dem der diese m. c. empfangen könne fideicommittirt werden; kein Wort davon, daß ihm wie einem Debitor könne fideicommittirt werden. Noch weniger ist davon in L. 1. C. h. t. von der schon in der Note 12 a. E. die Rede war, oder in L. 8. §. 2. D. de transact. eine Spur. Sie sind alle drey aus der Zeit des Alex. Severus, und sprechen davon als von einer allgemein entschiedenen Sache, daß auf eine m. c. donatio ein Fideicommiß zu legen sey. Hielt man es denn etwa damit vor Antoninus Pius anders? das ist nicht zu ersehen und sehr unwahrscheinlich. Die widerrufliche m. c. donatio hatte etwas Letztwilliges, sie war selbst eine ultima voluntas, die nur nicht auf eine Delibatio hereditatis gestellt war, wie jedes Vermächtniß, ähnlich vorzüglich jener mortis causa capio der L. 96. §. 9. de leg. I. cit. vom statu liber, die gar nicht nothwendig aus dem Nachlaß seyn mußte [13]. Und so konnte auch hier gar kein Zweifel darüber seyn, daß wenn der Fides dieses selbst mortis causa Beschenkten committirt war, die Absicht gewesen war, die Schenkung so weit dieß geschehn, wieder in die Erbschaft hinein zu ziehn, und sie gleich wie ein Legat mit einem Fideicommiß zu belegen. Daß der Beschenkte hier schon wieder Debitor des Erblassers selbst geworden, wie wenn er vor ihm gestorben wäre, oder dieser ihm das Geschenk schon für sich selbst wieder abeforderi hätte, ist kaum zu behaupten, wenigstens wurde das sicher nicht urgirt. Aber gewiß ist, daß dem Erben hier eine Condictio verschafft wurde ganz oder theilweise, und daß auf diese Condictio (nicht sowohl auf den Erlaß derselben) das Fideicommiß gelegt ward: der Erbe muste condiciren, und

13) L. 36. D. h. t.

das Condicirte an den Fideicommissar herausgeben. Durch Cession der Condictio konnte hier allerdings auch geholfen werden, und so mogte auch eine actio utilis oder in factum dem Fideicommissar geradezu gegen den Donatar gegeben werden, wie bey einem fideicommittirten Debitum unmittelbar gegen den Schuldner, wovon denn eine Exceptio doli gegen den Erben die nothwendige Folge war, wenn er noch selbst klagen wollte. War das Geschenkte aber beym Tode des Erblassers nur noch von diesem promittirt, wie im Fall der L. 11. de dot. praet. cit, so war es die dem Erben gegen den Beschenkten zustehende Exceptio doli, (dieser Vortheil nicht bezahlen zu dürfen), worauf das Fideicommiß gelegt war, und so konnte vollends von keinem Debitum des m. c. Beschenkten die Rede seyn. Alles was hier nun aber bewirkt wurde, trat denn doch schon von selbst ein, ohne Hülfe des Antoninischen Rescripts, weil hier alles mittelbar wie unmittelbar auf den Tod des Erblassers gestellt war, gleichwie bey Legat.

Sehen wir nun die eine noch übrig gelassene Stelle, welche von einer fideicommittirten Schenkung T. h. handelt, an, so bestätigt diese die eben vorgetragene Ansicht, und das was dadurch an Einsicht in die eigentliche Natur eines solchen Fideicommisses gewonnen wird, ist unweit wichtiger, als die Erlaubniß, es unter die Vergleichungen mit dem Legat zu stellen.

L. 77. §. 1. D. de legat. II. Papinian lib. 8. Respons. Eorum quibus mortis causa donatum est, fidei committi quoquo tempore potest: *quod fideicommissum heredes* salva Falcidiae ratione, quam in his quoque donationibus exemplo legatorum locum habere placuit, *praestabunt.* Si pars donationis fideicommisso teneatur, fideicommissum quoque munere Falcidiae fungetur. Si tamen alimenta praestari voluit, collationis totum onus in residuo donationis esse respondendum

erit ex defuncti voluntate, qui de maiore pecunia praestari non dubie voluit integra.

Der wahre Sinn ist offenbar dieser: »wenn von Todes halber Beschenkten ein Fideicommiß hinterlassen worden ist, so haben die Erben dieß Fideicommiß zu prästiren, nur können sie die Quarta Falcidia abziehen, welche eben wie bey Legaten auch bey Schenkungen Todes halber Statt findet.« — Die Schenkung ist schon ganz erfüllt oder doch promittirt, aber ohne das Fideicommiß würden sie den vierten Theil zurückfordern oder zurückbehalten können; nun da das Ganze fideicommittirt ist, fodern die Erben das Ganze zurück, oder halten es zurück, prästiren es auf jeden Fall den Fideicommissaren, ziehen aber die Quart hier so gut ab wie dort. (Cediren sie die Conditio, so thun sie es nur für $^3/_4$, und so kann auch die actio utilis nur auf $^3/_4$ gehn, das übrige Viertel klagen sie für sich ein, da die Schenkung es ihnen wie ein Legat abgeben muß). »Ward nur ein Theil der Schenkung dem Fideicommiß unterworfen, so muß auch das Fideicommiß der Falcidia zu Gebot stehen,« d. h. die Quart ruht hier zunächst wieder ganz auf der Schenkung, aber der Theil derselben, welcher vom Fideicommiß frey blieb, trägt sie, und der fideicommittirte Theil trägt sie auch, also das Fideicommiß ist ihr pro rata untergeben. — Cujaz in seinen Vorlesungen über Papinians Responsa hält diese so natürliche und sich von selbst darbietende Auslegung für ganz widersinnig. Wie konnte Papinian sagen, fragt er, die Erben hätten das Fideicommiß zu prästiren, da es doch den Beschenkten aufgelegt war? Man müsse ihn vielmehr so verstehen: die Schenkung hätten erstan die Erben den Beschenkten zu prästiren, nachdem die Quart abgezogen worden, und dann prästirten diese wieder den Rest ($^3/_4$) an die Fideicommissare. So würde fideicommissum zu Anfang nicht heißen, was wir durch Fi-

deicommiß bezeichne, sondern das, was fideicommittirt worden, nämlich der Inhalt des Fideicommisses und also eben die Schenkung. Das geht aber schon deshalb gar nicht an, weil darnach immer Fideicommiß und Schenkung sich entgegengesetzt werden; auch würde dieß doch eine fast zu prägnante Kürze seyn. Der große Meister war hier aber in dem gemeinen Irthum seiner und der Folge-Zeit befangen, wornach eine m. c. donatio doch im Grunde nichts Andres ist, als ein acceptirtes Vermächtniß, was immer aus der Erbschaft vom Erben prästirt wird. Nach dem nunmehr rectificirten Begriff ist sie entweder schon vollaus vom Erblasser prästirt, oder der Erbe hat sie als eine auf ihn vom Erblasser übergegangene Schuld zu entrichten; als ein Vermächtniß vermöge der ultima voluntas hat er sie niemals zu prästiren. Folglich ist es ganz richtig, was Papinian sagt, daß das Fideicommiß unmittelbar dem Erben aufgelegt war, obwohl dasselbe, indem die Worte an den Beschenkten (wie oben an den Schuldner, wo auch Liberation zunächst der Erbe zu prästiren hat) gerichtet waren, auf die Schenkung angewiesen war, welche dann nur zu diesem Ende ganz oder theilweis zurückgeht, immer mit Abzug der Falcidischen Quart. — »W o l l t e a b e r d e r E r b l a s s e r, d a ß A l i m e n t e p r ä s t i r t w e r d e n s o l l t e n (nämlich vom Erben vermöge der Schenkung), d a n n m u ß d a s G a n z e d i e s e r V e r s o r g u n g a l s a u f d e m U e b e r r e s t d e r S c h e n k u n g ($^3/_4$) b e r u h e n d a n g e s e h n w e r d e n. S o m u ß m a n n a c h d e m W i l l e n d e s T e s t a t o r s r e s p o n d i r e n, d e r g e w i ß w o l l t e, d a ß d i e v o l l e n A l i m e n t e v o n d e r n o c h i m m e r g r ö ß e r n S u m m e e n t r i c h t e t w e r d e n s o l l t e n.« Der Erbe condicirte also das eine Viertel, und davon können keine Alimente geleistet werden, da der Erbe dieß ganz frei haben muß. Aber es wird auch nicht, ähnlich wie bey der pro parte fideicommittirten Schenkungssumme pro rata dem Schenkungsrest und dem Fideicommiß, so hier verhältnißmäßig den Ali-

menten abgezogen, sondern diese hat der Erbe jedesmal ganz zu condiciren, damit sie ohne Abzug entrichtet werden, vorausgesetzt, daß nach richtiger Berechnung sich findet, der Capitalrest könne diese Last tragen, und sey also noch immer in diesem Sinne eine »*maior pecunia*«, d. h. ein zureichendes Capital. Ist das freilich nicht, so muß gekürzt werden, denn mehr onus als lucrum darf niemand leiden. Wollte der Beschenkte sich das überhaupt nicht gefallen lassen, so müßte er das Ganze herausgeben an den Erben, der dann aber die Alimente ganz würde zu prästiren haben, sobald nur »maior pecunia« wäre. Cujaz legt nach dem Beispiel der Glosse die beiden Worte ganz anders aus, indem er nur den von Accursius und Andern, die kein besseres Latein gelernt hätten, wie dieser, gebrauchten Ausdruck »onus extrinsecum« ein wenig verhöhnt, ihn aber durch »quod non ex donatione, vel ex parte donationis, sed *extrinsecus ex omni patrimonio donatarii* relictum sit, zwar lateinischer, aber eben so räthselhaft wiedergibt; bey ihm um so unbegreiflicher, da er selbst wiederholt die Bedingung hinzufügt: si residuum donationis, quod superest deducta Falcidia, *sufficiat* integrae praestationi alimentorum: wie konnte denn die »Collatio« auf das ganze Vermögen außer der Schenkung gelegt seyn? Er selbst führt L. 21. §. 1, D. de annuis legat (von Scävola) an, welche den erwünschtesten Aufschluß gewährt: einem Freigelassenen war ein Grundstück legirt, welches jährlich 60 rentirte, für die Pamphila waren hierauf 10 jährliche Rente gelegt. Nun wurde die Falcidia von dem Grundstück abgezogen, und es fragte sich, sollte die Rente auch verhältnißmäßig den Abzug leiden, ungeachtet die Rente aus einem jährlichen Ertrag vermacht war, welcher sie noch reichlich hergeben konnte, wenn die Falcidia auch die Hälfte statt des Viertels weggenommen hätte (»cum ex reditu legata sint, qui largitur, etiamsi Falcidia partem dimidiam fundi abstulerit, annuam Pamphilae praestationem«.

Das ist hier die »maior pecunia« und Scävola respondirt hier in eben dem Geist, das dürfe nicht seyn, wenn nicht ein andrer Wille des Testators sich erkennen lasse. Es ist also allgemeine Regel, ein Fideicommiß eines Annui, mag es auf Vermächtniß oder Schenkung gelegt seyn, wird durch die Falcidia nicht vermindert, sobald das Uebriggelassene noch zu der Leibrente hinreicht.

Das Letzte, was hier vorgetragen worden, gehört strenge genommen nicht zu unserm Thema, es hat mich aber, hoffentlich mit Zustimmung meiner Leser, unterwegens mehr angezogen, als das wovon ich ausging, nämlich zu zeigen, daß doch die Möglichkeit, eine m. c. donatio mit Fideicommiß zu belegen, der Vergleichung mit dem Legat wenigstens sehr nahe liegen mogte, wenn die Verhältnisse sich auch hier im Detail anders gestalten.

Was aber den Unterschied des mit einem Fideicommiß, sey es ein Alimenten-Fideicommiß oder ein andres, beschwerten Vermächtnisses von einer damit beschwerten Schenkung Todes halber betrifft, daß dort der Erbe, hier der Legatar das Fideicommiß unmittelbar zu prästiren hat, so ist das keine bloße Subtilität, obgleich der Prästationseffect am Ende derselbe ist, und die Umwege, die juristisch gedacht werden müssen, in der Anwendung selten zum Vorschein kommen; denn es folgt daraus, was ich im Rh. Mus. a. a. O. schon angedeutet hatte, daß wenn das Fideicommiß durch ein Testament oder ein testamentarisches Codicill aufgelegt wurde, und die Erbschaft wurde aus dem Testament gar nicht angetreten, zwar, indem dieß an und für sich bekanntlich auf die Intestaterbfolge nicht übertragen wird, Legat und Fideicommiß mit einander zu Grunde gehn; dagegen aber die Schenkung nur von dem Fideicommiß befreit wird, selbst aber in ihrer Unabhängigkeit von der Erbantretung bestehen bleibt. Rh. Mus. S. 362. N. 21.

10) Auch darüber, wie das Verhältniß der Justinianischen Constit. ult. C. h. t. zum alten Recht festzustellen sey, findet im Ganzen eine erfreuliche Uebereinstimmung Statt. Justinian wollte keine den Grundcharakter zerstörende Gleichstellung mit Legat hervorbringen, sondern nur alle Zweifel heben in den einzelnen Beziehungen, wo schon früher von den alten Juristen eine Vergleichung angestellt worden war: so meint auch der Verfasser G. 3. S. 143 in f. S. 145. — Auch die Behauptung desselben S. 135 ꝛc., daß die Constitution auf große Schenkungen gehe, die eine Insinuation erfordern, ist meiner Abhandlung nicht fremd, Rh. M. III. 1. N. 6. S. 9. Ich habe mich nur etwas unentschiedener verhalten, die praktische Anwendbarkeit durchgehends bezweifelnd. Selbst daß die fünf Zeugen durch eine gerichtliche Insinuation ersetzt werden können, liegt schon in der Ansicht, die mir mit vielen gemein ist, daß Justinian die Codicillarform auf diese Schenkungen anwenden wollte, denn wer weiß nicht, daß ein Codicill so gut wie ein Testament vor Gericht vollzogen werden kann? Aber freilich der Verfasser nimmt die Codicillarform nicht an, und so gehört das in so weit unter II.

Justinian soll aber noch zwei neue Gleichstellungen im Einzelnen mit Legat den alten hinzugefügt haben. G. 3. S. 123. N. 12., »das Jus accrescendi in c. un. §. 14. C. de caduc. toll., und die Muciana cautio in Nov. 22. c. 44. §. 9.« Ueber das Letztere habe ich mich schon erklärt. Rh. M. a. a. O. S. 10. Not. 217. Von dem Ersteren hier ein paar Worte.

In der L. un. C. de. caduc. tollend. ist von der m. c. donatio schon ein paarmal vorher die Rede, in §. 7. heißt es, bey Erbeinsetzungen, Legaten, Fideicommissen und Schenkungen Todes halber könne nach unzweifelhaftem Recht substituirt werden, und in §. 8. darauf, wenn ein Fideicommiß auf ein Legat, ein andres Fideicommiß oder eine Schenkung Todes

halber gelegt werde, und diese Auflage evanescire, so solle dieß bey dem Oneratus oder den mehrern onerirten Personen pro virili portione bleiben. Hier ist nun nichts weiter geschehn, als daß das alte Recht wiederholt, und im letztern Fall der Caducität der Lex Papia entzogen worden ist. Wenn es nun in §. 14. so heißt:

haec autem omnia locum habere censemus, tam in testamentis, sive in scriptis, sive sine scriptis habitis, quam in codicillis, et omni ultimo elogio, vel si quid ab intestato fuerit derelictum, *nec non in mortis causa donationibus*. Tantum etenim nobis superest clementiae, quod scientes etiam fiscum nostrum ultimum ad caducorum vindicationem vocari, tamen nec illi pepericimus, nec Augustum privilegium exercemus, sed quod communiter omnibus prodest, hoc rei privatae nostrae utilitati praeferendum esse censemus, nostrum esse proprium subiectorn mcommodum imperialiter existimantes;

so ist doch fürwahr nicht zu erkennen, daß Justinian hier zuerst das ius accrescendi bey m. c. donationibus, und zwar grade nach dem Muster von Legaten habe einführen wollen. Nicht einmal in den vorhergehenden §§. 12 u. 13. ist vom ius accrescendi die Rede, sondern von der Indignität, bey welcher es gar nicht Statt finden kann, und von dem Fall, da eine Erbschaft aus dem Testament gar nicht angetreten wird, und daher an die Intestaterben fällt. Der §. 14. bezieht sich also auf den ganzen Inhalt des Gesetzes, und involvirt freilich auch, daß so weit bey den m. c. donationes ein ius accrescendi nach dem Recht schon Statt finde, dieses von der Papischen Caducität frey seyn sollte. Woher weiß man denn, daß bey einer Schenkung T. h. vorher niemals ein Accrescenzrecht zugelassen worden? Etwa weil in den Pandekten oder sonst im Codex dieß niemals gesagt wird? Dieß kann ganz zufällig seyn, zumal da die vom Accrescenzrecht redenden Texte bekanntlich gar nicht so

sehr reichlich ausgefallen sind. Auch das ist im §. 14. nicht zu lesen, daß es mit diesem Accrescenzrecht grade so und niemals anders wie bey Legaten gehalten werden solle; es ist hier vielmehr alles nur zusammengesucht, was als Gegenstand der Caducität vorkommen könnte, und was davon nunmehr gelten solle, wird durch die Großmuth des Kaisers, welche diese aufhob, motivirt; so daß Justinian gewiß an nichts weniger dachte, als hier eine neue Gleichstellung mit Legat einzuführen, oder auch nur eine alte besonders anzuerkennen. Im Princip mußten hier allerdings wohl beide, Vermächtniß und Schenkung Todes halber gleich stehen, denn nur im vermuthlichen Willen des Gebers konnte hier wie dort das Accresciren seinen Grund haben; aber wo ein solcher Wille zu vermuthen sey, das mögte doch nicht bey beiden so ganz gleich zu beantworten seyn. Es lassen sich hier sehr interessante Fragen aufwerfen, z. B. ob, wenn die Sache bloß m. c. promittirt war, aber zweien auf einmal, ohne Hinzufügung von Theilen, nicht noch jetzt, wie beym alten Damnationslegat, die Forderung als ipso iure getheilt anzusehn sey, und daher das ius accrescendi wegfalle? Allein über das ius accrescendi sind wir überhaupt noch, ungeachtet der unendlichen Bemühungen, die noch erst neuerdings einen erklecklichen Zusatz erhalten, viel zu wenig im Klaren, und in voller Sicherheit, als daß sich eine solche letzte Anwendung seiner Grundsätze hier nur so beyläufig machen ließe.

So viel ist aber gewiß, daß in diesem Punkt die Schenkung unter Lebenden weiter als das Legat oder vielmehr ganz absteht; denn die erstere duldet wegen ihrer Vererblichkeit kein ius accrescendi. Selbst wenn sie durch ein besondres Geschäft widerruflich gemacht wäre, so würde das nichts ändern, da ehe dieses geschähe immer schon Vererblichkeit einträte.

Dieß spielt nun aber schon in die folgende Abtheilung hinüber, und berührt mein Axiom, daß die m. c. donatio

eben so wenig wie eine eigentliche Schenkung, als wie ein Legat zu denken sey. Und so haben wir uns nun zu den Verschiedenheiten der beiden Aufsätze zu wenden; die denn aber keinesweges in so großer Anzahl vorhanden sind, als die erheblichen Uebereinstimmungen. Da sie sich auf eine Hauptsache beziehn, so brauchen sie nicht numerirt zu werden, sondern sollen in Eins zusammengefaßt werden.

II. Man war neuerdings in der Vergleichung der m. c. donatio mit dem Legat so weit vorgerückt, daß man zu einem Quasiprincip machte: die m. c. donatio ist im Wesentlichen, oder in der Hauptsache Legat, und wo man sich grade nicht so ausdrückte, da lag doch eine solche Gleichstellung so ziemlich in den Gedanken. Dieß hatte wohl die Rüge verdient, welche meiner Abhandlung vorangeschickt wurde. Die Unrichtigkeit hiervon hat nun der Verfasser der Abhandlung in der Gießener Zeitschrift vollkommen eingesehen; aber von dieser Einsicht getrieben ist er, wenn ich es sagen darf, in das andre Extrem hinübergeeilt. Er macht die m. c. donatio am Ende wieder zu einer inter vivos donatio mit einigen Sonderbarkeiten, die sie nur in manchen Dingen zur Vergleichung mit Legaten qualificiren. Dagegen hieß es Rh. M. S. 348. N. 8. es sey so gut undenkbar, daß die *mortis causa* donatio der *inter vivos* donatio, als daß sie dem Legat jemals gleich gestellt worden, auch nur im Wesentlichen, auch nur von Einem klassischen Juristen, und wie die Worte dort weiter heißen. Es ist mir schwer geworden, mich hier in die Vorstellung des Verfassers hineinzudenken. Es soll nach 103 ganz unzweifelhaft seyn, »daß die m. c. d. ursprünglich ganz als Donatio, mithin als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden behandelt wurde«. Da wäre dann freilich die *mortis causa* donatio eine *inter vivos* donatio gewesen, denn dieses Rechtsgeschäft kann ja nichts Anderes und soll auch nach dieser Stelle nichts Anderes als eben eine donatio gewesen seyn; mithin hätte dann der Gegensatz von

mortis causa und inter vivos noch gar keinen Sinn gehabt. Ich verstehe nicht, wie man dieß nur einen Augenblick behaupten könnte, selbst wenn man auch einen Augenblick annehmen wollte, daß vor Hadrian nie in irgend einem Punkte Schenkungen T. h. und Legat einander gleich gestellt worden wären? Aber, meint der Verfasser, dieß beweise ja »schon der Name, denn dieser bezeichne ja nichts weiter als eine donatio deren Grund der Tod sey, also an sich nichts Ausgezeichnetes«. Ich sollte denken, daß hier die Wurzel des Mißverständnisses liegen müsse. Allerdings bey jeglicher donatio kommt ein Hingeben vor, in so fern hierunter eine Vermögensvermehrung zu verstehen ist, ja sieht man auf donatio rei so ist hier im strengern Sinn ein Hingeben, im strengsten Sinn nach Justinianischem Recht, nämlich ein tradere. Aber Hingeben und Tradere ist doch nicht der Charakter der donatio. In einem vulgären Sinn ist allemal donatio, wo datio ist, daher z. B. auch datio dotis eine donatio ist, obgleich dem Manne nichts geschenkt wird. Aber diese Bedeutung können wir unmöglich brauchen, wenn der juristische Begriff einer donatio, einer Schenkung gebildet werden soll. So ferner ist es zwar ganz richtig, daß im Sprachgebrauch des gemeinen Lebens »mortis causa« bloß das Motiv der Schenkung bezeichnen konnte; aber das war wieder gar kein juristischer Begriff, und wie sorgfältig dieß zu unterscheiden sey, glaube ich Rh. M. II. 3. S. 314. 315. hinreichend gezeigt zu haben. Noch ferner sind wir freilich darin einig, daß der Akt der Vermögensvermehrung bey beiden Arten der Schenkung schon bey Lebzeiten geschieht, wenn auch zuweilen bey der m. c. d. die Vermögensvermehrung selbst erst im Augenblick des Todes erfolgt. Allein theils ist dieß gar kein wesentlicher Unterschied vom Vermächtniß, denn beym alten Vindicationslegate und regelmäßig beym Justinianischen Legat geht das Eigenthum der vermehrten Sache unmittelbar über, und wird also durch den Testaments-

Akt, den der **lebende** Testator vornahm, bewirkt, beym neuern Vertrags-Legat ist es sogar ein zweiseitiger Akt, also geht er im strengsten Sinne »inter vivos« vor sich; so daß also hier nur **der** charakterische Unterschied bleibt, daß dieß bey jedem Vermächtniß durch Annahme der Erbschaft, die aber gar nicht ein solcher Uebertragungs-Akt ist, vermittelt wird, bey der m. c. d. dagegen gar nichts mehr aus der eigentlichen Erbschaft gegeben wird: theils bezieht sich der Gegensatz von »inter vivos« und »mortis causa« ganz und gar nicht hierauf, sondern auf die gesicherte oder nicht gesicherte Dauer, auf die Abhängigkeit oder Unabhängigkeit des Geschenkes von jeglichem Widerruf, wie das schon im Rh. Mus. II. 2. S. 214 x. ausführlich entwickelt worden ist [14]). Gewiß ist es dieß, wodurch die römischen Juristen die beiden Schenkungsarten ganz von einander ausscheiden, wenn sie auch im System die beiden geschiedenen Titel zu einander stellen [15]). **Paulus** z. B. in L. 35. D. de m. c. don. schickt erst den angeführten Genus-Begriff voraus, einigermaaßen etymologisch:

»Donatio dicta est a dono, quasi dono datum —« wendet sich aber dann §. 2. zu dem genauern und juristischen Begriff der Species:

> »Sed mortis causa donatio *longe differt* ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, *ut nullo casu revocetur*. — —« [16]).

14) In der G. Z. S. 107 heißt es dagegen: „das charakteristische Wesen eines Geschäfts unter Lebenden besteht darin, daß durch dasselbe schon bey Lebzeiten des Disponenten Rechte begründet, aufgehoben und verändert werden«. — Dieß ist nicht die Art wie die römischen Juristen den Unterschied zwischen „inter vivos" und „mortis causa" bestimmen.

15) In Hinsicht des Systems und der Anordnung im Ganzen ist zu bemerken, daß in den Pandekten die von den Schenkungen handelnden Titel **nach** dem ganzen Erbrecht stehen, also die Vergleichung mit dem Legate so gut wie mit der eben vorhergegangenen donatio von selbst verständlich war. Wie neuere Systematiker die m. c. donatio bey der donatio **vor** dem Erbrecht in ihrem ganzen Detail ohne Anstoß begreiflich machen wollen, dafür mögen sie denn selbst zusehn.

16) Vgl. L. 27. eod.

An dem angeführten Ort des Rh. M. habe ich auch darauf hingewiesen, daß der Ausdruck inter vivos gar nicht technisch zu seyn scheine, da so oft [17]) dafür *non* mortis causa vorkomme. Allein wie dieser römische Sprachgebrauch den ganz bestimmten Unterschied zwischen den beiden Arten habe schwächen, und die römischen Juristen vor dem Irrthum der anders gewöhnten Neuern,

»die *mortis causa* donatio sey kein Geschäft unter Lebenden« [18])

habe schützen können, sehe ich nicht ein; denn ich sollte denken und habe auch schon damals laut so gedacht, daß grade die Negation: »non mortis causa« den streng begriffenen Unterschied anzeige, und daß nie und zu keiner Zeit eine *inter vivos* donatio *mortis causa* seyn könne und umgekehrt.

Der Verfasser scheint aber zu glauben:

1) daß der Gegensatz erst durch die nothwendig gewordene Gleichstellung mit Legat entstanden sey, und daß man also vorher die beiden Species gar nicht eigentlich unterschieden habe;
2) daß das Bedürfniß jener Gleichstellung erst durch die Lex Papia entstanden, und durch Julian in Folge des SCti Pegasiani ausgeprägt worden sey.

Die beiden Vorstellungen lassen sich in einer Kritik derselben nicht füglich rein trennen, da sie mit einander verflochten, und in der Darstellung des Verfassers es so sehr sind, daß ich nicht ohne Besorgniß daran gehe, selbst mißverstanden, oder des Mißverstehens beschuldigt zu werden. Bey dem erstern Satze kommt alles darauf an, ob die Vergleichung mit dem Legat durch das Wesen und den Charakter der m. c. donatio bewirkt wurde, welche zugleich den Unterschied von der inter vivos donatio begründen; denn ist das, so setzt die Vergleichung

17) Ich trage hier noch nach: L. 1 §. 2. D. de tutelae. L. 37. §. 3. de legat III. L. 7. §. 6. D. de donat. In L. 25. C. cod steht *directa* donatio im Gegensatz von mortis causa d.

18) S. Z. S. 104.

jenen Gegensatz schon voraus und ist durch denselben basirt. Hierauf kommt es bey dieser Untersuchung eigentlich an, weniger darauf, in wie weit und auf welche Art sich der Verf. dieses anders gedacht hat, denn ich gestehe, daß ich das nicht deutlich habe erkennen können, und ihn doch am wenigsten eines Widerspruchs beschuldigen mögte. So viel ist wohl gewiß, daß Mehreres sich findet, was die eine und die andre Behauptung zu verfechten scheint. Bey der zweiten, die einen historischen Charakter hat, gehen wir in dieser Hinsicht am sichersten, daher wollen wir mit dieser anfangen.

»Die Vergleichung mit dem Legat«, heißt es S. 103 unt. gehört erweislich erst in die Kaiserzeit.« Sieht man dieser Behauptung recht ins Auge, so entstehen mancherley Bedenklichkeiten; irre ich nicht, so muß sie sehr modificirt werden, wenn sie einige Sicherheit erhalten soll. Das hauptsächlichste Argument dafür ist wohl, daß die älteste Stelle, welche ausdrücklich von einer solchen Vergleichung spricht, von Julian ist. Allein der Verfasser bemerkte selbst, daß Julian es grade gewesen ist, der in seinen Digesten die ganze Materie von der mortis causa donatio gründlicher und mehr im Detail verarbeitet hat. Eben daher war es natürlich, daß aus ihm besonders viel geschöpft wurde, nicht bloß am Ende in Justinians Compilation, sondern auch schon früher in den Schriften klassischer Juristen, welche nach ihm schrieben. Die römischen Juristen hatten nicht die Gewissenhaftigkeit unsrer Schriftsteller, welche sich nicht damit begnügen ein klassisches Buch anzuführen, was erst recht Licht und Klarheit in eine Sache gebracht hat, sondern sich darin gefallen, die einzelnen Sätze, wo es glücken will, auch in vielen unbedeutenden Büchern und Schriften nachzuweisen, und überhaupt gern Schlechtes und Gutes zusammenstellen und vermengen, damit an ihrer Belesenheit kein Zweifel entstehe, oder aus andern Gründen, die mit unserm gelehrten Treiben zusammenhangen. So konnten es Jene nicht machen, da sie nicht für Biblio-

tiken, sondern für das Leben schrieben, und in dieser Beziehung jede ihrer Schriften gleichsam eine That war. Und so läßt sich auch wohl vermuthen, daß Julian die Wichtigkeit dieser Vergleichung für die Fälle, wo sie hingehört, erst ganz empfunden, und im Detail durchgeführt hat. Daß sie vor ihm niemals gemacht worden, ist nicht glaublich, da die Lex Julia und ihre Incapacität von selbst darauf führen mußten. Allerdings mochte man durch das in L. 35. h. t. erwähnte Senatusconsult erst recht dazu aufgeregt werden, und wenn dieß das SCtum Pegasianum unter Vespasian [19]) war, so gab das eine schickliche Zusammenstellung mit den Fideicommissen. Bey diesen fand allerdings schon etwas Aehnliches Statt; aber es darf doch nicht vergessen werden, worauf ich schon früher aufmerksam gemacht habe, daß von dem neuen unter Aufsicht der ersten Magistratus gestellten Zwangsinstitut die Gefahr der Umgehung des Gesetzes nicht so groß war, als von der alten m. c. donatio mit ihren alten sich ganz von selbst einfindenden Rechtswirkungen. Dem sey nun aber wie ihm wolle, nachdem dieß eine Zeit lang neue Aufregung zu Erörterungen über die m. c. donatio bewirkt hatte, faßte das Julianus zusammen, und durcharbeitete diesen Stoff, und nun wurde aus seinen Digesten gemeinhin geschöpft, wenn davon die Rede war, ohne daß man daraus schließen darf, es sey gar nicht vorher an Vergleichung mit Legat gedacht worden, wenn von Anwendung der Lex Papia auf die m. c. donationes die Rede war. Freilich war das Senatusconsult und war die Lex Papia selbst aus der Kaiserzeit; aber wenn auch durch diese die Vergleichung mit Legat neuerdings recht in Bewegung gesetzt worden, so fehlte es doch vorher schon nicht an dem Bedürfniß dazu. Dieses gab schon der oben S. 379. vorgekommene Fall, der so alt ist, wie die m. c. donatio selbst, da ein Insolventer oder der es nachher wurde,

19) Gajus II. 286.

zum Schaden seiner Credstoren so schenkte. Es ist wahr, daß grade in der hiervon redenden L. 17. D. h. t. Julian sich über die Vergleichung mit Legat, wie ich es II. 3. S. 354 bezeichnete, »nicht sehr decisiv ausdrückte«; allein darauf muß doch nicht zu viel Gewicht gelegt werden, als sey noch niemand vor ihm auf diesen Gedanken gekommen, oder habe ihn doch nicht auszusprechen gewagt, zumal da das Wort »potest videri« doch keineswegs immer auf sonderlichen Zweifel deutet. In L. 17. cit. geht ganz decisiv vorher:

> »Et si debitor consilium creditorum fraudandorum causa non habuisset[7], avelli res mortis causa ab eo donata debet«.

Dieß stand wohl von jeher ganz in dem Umfange, wie es hier durch Vergleichung mit dem Legat unterstützt wird, fest, und der tiefere Grund davon war doch immer, daß die Schenkung T. h. ein Letzter Wille oder doch eine letzte Freigebigkeit in dem dort S. 354. von mir angegebenen Sinne, also imperfecta donatio gleich wie Legat war. Gesetzt es hätte sich hier, was ich nicht glaube, niemand auf die Aehnlichkeit mit Legat berufen, so mußte man sich doch auf diesen Grund berufen, und dieser schloß die Aehnlichkeit schon in sich.

»Nur in einem Falle«, meint der Verf. des Auff. in der G. Z. S. 128. Not. 6. »sey die m. c. d. schon zur Zeit der Republik dem Legat gleichgesetzt worden, nämlich rücksichtlich der Verpflichtung zur Fortsetzung der Sacra privata; aber das sey »als eine ganz isolirte Erscheinung des Jus sacrum zu betrachten«. Von privatrechtlicher Vergleichung kenne er vor Hadrian keine Spur«. Erinnerte er sich denn nicht der Lex Furia und der Lex Voconia[20]?

20) S. Rh. Mus. II. 3. S. 357. Not. 195. Ich hatte das hier in die Note gestellt, weil dieß kaum ein Vergleichungspunkt des klassischen Rechts noch genannt werden kann, da die Lex Furia gar nicht und die Lex Voconia selten mehr zur Anwendung kam. Sonst hatte hier die Gesetzgebung hinsichtlich der Gleichstellung grade so vor-

Von jener sagen Ulpian und Gajus, von dieser der Letztere, daß gegen die gesetzliche Vorschrift keiner »legatorum nomine mortisve causa« (Ulp. legatum mortisve causa) etwas habe »capere« dürfen, und zwar wird das offenbar als im Gesetz selbst ausgedrückt angegeben. Daß hier das mortisve causa auf Legat selbst und einzig auf dieses gehe, wie der Verf. a. a. O. in der Stelle Cicero de leg. II. 19. nicht für ganz unwahrscheinlich halten mögte, obgleich es das doch wirklich ist, geht hier nun nicht an, wo es außer dem Legat hinausgestellt wird; daß es aber grade auf die mortis causa capio allein gehen sollte, die so wenig m. c. donatio als Legat, Fideicommiß, Erbeinsetzung (L. 31. pr. D. h. t.) ist, wie der Verfasser für die Ciceronische Stelle lieber sich gefallen lassen will, als jene Gleichstellung zur Zeit der Republik; daß also ein ganz unbestimmtes sehr heterogene[21] Fälle umfassendes Institut, was also kaum so genannt werden darf, hier ganz bestimmt und speciell, ungeachtet des alles umfassenden Ausdrucks gemeint seyn sollte, will mir nicht einleuchten. Der Verfasser muste hier schon rein mit der Sprache herausrücken und sagen, die mortis causa donatio sey in der Zeit immer eine inter vivos donatio gewesen. Und warum denn? Darauf hätte dann wohl der Verfasser ferner nur die Antwort, daß doch ja immer von dem Lebenden dem Lebenden hingegeben würde, und wiederum könnte man ihm dann hierauf entgegnen, daß das ja auch

weg operirt, wie sonst die Interpretation der Juristen, oder ein späteres Senatusconsult. — G. Z. S. 99. Not. 4. wird doch unter den möglichen Veranlassungen der Entstehung des ganzen Instituts: „Umgehung der Beschränkungen, welchen das Testiren der Frauenzimmer unterworfen war, der Beschränkungen der Legate und überhaupt des letzten Willen«, angegeben; aber ich stimme dem Verfasser ganz bey, daß er es für gerathener hält, die Entstehung gar nicht aus solchen künstlich positiven Ursachen herzuleiten.

21) Z. B. wird hier zuweilen der Todes halber gewonnene Vortheil aus dem Nachlaß gegeben, bald nicht, und bald daher die Falcidische Quart davon abgezogen, bald nicht. L. 36. D. h. t. Bald ist es eine Art der testamentarischen Conventionalstrafe, bald nicht u. s. w.

noch zur Zeit der klassischen Juristen nicht weniger Statt gefunden habe, diese aber den Ausdruck inter vivos in diesem Zusammenhang und Gegensatz niemals so verstehen, sondern ihn, wie oben weiter erörtert worden, auf die Unabhängigkeit vom Tode des Testators, und auf die völlige Festigkeit der donotio beziehe: eine gänzliche Umwandlung der Begriffe und des Sprachgebrauchs ist aber nirgends zu verspüren.

Also wird es wohl stehen bleiben, daß die Aehnlichkeit der m. c. donatio mit dem Legat der Sache nach immer Statt gefunden hat, so lange beide neben einander existirten, daß sie auch in einzelnen, wenn auch wenigen, Dingen lange vor Hadrian den rechtlichen Wirkungen nach sehr bedeutend gewesen ist, und endlich daß rechtskundige Römer dieß niemals verkannt haben können, wenn sie auch nicht zu allen Zeiten gleich viel Gelegenheit hatten davon zu reden.

Fast noch mehr aber halte ich die oben unter 1) gestellte Behauptung, daß der Gegensatz von mortis causa und inter vivos s. non mortis causa zuerst durch die eben erörterte Vergleichung mit Legat erzeugt worden sey, für unrichtig. Soll dieß in der Sache seinen Grund haben, so daß erst das Hinüberziehen zum Legat, diese Schenkung von ihrem natürlichen Verwandten losgerissen hat? Oder sollen nur die Juristen früher die Sache und den Unterschied verkannt haben? Hat man einmal das Wesen der m. c. d. rein begriffen, so müßte man, dünkt mich, geneigt seyn, das Letztere anzunehmen, wenn es nur überhaupt wahr wäre, daß die Veteres oder gar noch alle vorhadrianischen Juristen, mortis causa und non mortis causa donatio zusammengeworfen hätten. Aber der Verfasser kehrt es grade um: Julian soll freilich erst die Scheidung durch die Vergleichung mit dem Legat bewirkt haben, aber indem er sich doch lediglich auf Einzelnheiten eingelassen habe; die später theoretisirenden Juristen hätten dann ein Princip dieser Vergleichung (so verstehe

ich den Verfasser, er nennt es einen wissenschaftlichen Vergleichungspunkt), aufgesucht, das habe aber nicht füglich anderswoher, als von der Widerruflichkeit abgeleitet werden können, und da wäre es denn gar kein Wunder gewesen, daß dieß »die Mißbilligung der Gegner gefunden habe«, denn eine unwissenschaftlichere Vergleichung ließe sich gar nicht denken.« Ulpian ist wenigstens mit gemeint, da seine L. 7. h. t. in der Note angeführt ist, und zwar nicht unter den Gegnern, sondern unter denen, die sich diese Unwissenschaftlichkeit haben zu Schulden kommen lassen. So die Gießener Zeitschrift S. 130. Wagen wir es immer für die hart Beschuldigten das Wort zu führen. Der Verfasser nimmt S. 124 selbst an, daß die Umgehung der Gesetze die Vergleichung mit dem Legat bewirkt habe, er behauptet dieß, wie wir oben S. 379. 380. gesehen haben, in einem größeren Umfange, als wir es für richtig halten. Was ist denn nun aber der Grund, weswegen diese Umgehung zu befürchten ist, als grade die Widerruflichkeit, daß der Schenker so wenig als der Testator gebunden ist, also ihm in beiden Fällen nichts abgeht, was er nicht will, also diese unentschiedene Liberalität (Ulpians »imperfecta donatio)? Folglich ist dieß grade die Grundvergleichung, und wie sollte es denn unwissenschaftlich seyn den Grund zum Grunde zu machen?

Aber, meint der Verfasser, die Widerruflichkeit sey gar nichts Charakteristisches an der m. c. donatio, so wie sie überhaupt »keine Eigenthümlichkeit letzter Willen« sey. Das Precarium sey ja auch widerruflich, das Mandat auch — die Societät ebenfalls setzen wir hinzu — beym Kauf könne man es hervorbringen durch Pactum displicentiä, Addictio in diem, Lex commissoria (G. 3. S. 107). Allerdings die Widerruflichkeit in genere bildet hier nicht den Charakter, aber diejenige Widerruflichkeit, von der hier allein die Rede seyn kann, die Widerruflichkeit einer Liberalität bis zum

Tode des Schenkers durch Veränderung seines Entschlusses, und ohne dieß durch den frühern Tod des Beschenkten.

Aber, konnten die Gegner sagen, die Schenkung unter Lebenden könne ja auch widerruflich gemacht werden (s. oben S. 384.) und die Schenkung Todes halber unwiderruflich. Das Erste ist wahr, das Letzte nicht ganz, denn Widerruf durch den frühern Tod muß bleiben, wenn nicht eine gemeine inter vivos donatio daraus werden soll, meinte Marcianus (L. 27. D. h. t.). G. Z. S. 110 wird diese letzte Widerruflichkeit als dasjenige angegeben, »wodurch sich die m. c. donatio von der inter vivos auszeichne«, und ist denn das nicht Auszeichnung genug, und hat sie nicht von jeher Statt gefunden, wie konnte denn ursprünglich die erstere »ein Rechtsgeschäft unter Lebenden« (S. 103) seyn? Es ist auch nicht die einzige Auszeichnung, wie wir gleich sehen werden, sondern nur das, was allemal eintritt und jeden einzelnen Fall auszeichnet. Aber, sagen die Gegner (G. Z. S. 116. N. 2) auch die Widerruflichkeit der Schenkung insbesondre beim frühern Tode des Beschenkten wird ganz fälschlich unter die Vergleichungspunkte mit dem Legat gestellt, denn »diese (ibid. S. 108) beruht auf dem ganz einfachen Grunde, daß der Beschenkte den Eintritt der Unwiderruflichkeit nicht mehr erlebt; mithin seinen Erben nur ein widerrufliches Recht hinterlassen hat«. Dagegen ließ sich wieder sagen: der gedachte Widerruf tritt ja ipso iure d. h. unmittelbar durch dessen Tod ein, auf den Erben des Beschenkten wird daher gar nichts vererbt, auch nicht eine widerrnfliche Schenkung, und die geschenkte Sache gehört nun von selbst wieder dem Schenker und dessen Erben ohne weitern Widerruf; wogegen die inter vivos d. widerruflich oder unwiderruflich allemal auf den Erben des Beschenkten übergeht. Und wie ist es denn mit dem Fall, da die Todes halber vollzogene Schenkung unwiderruflich gemacht war durch den Willen des Schenkers? Hier hebt ja doch der

Vortod des Beschenkten dieselbe auf ohne Weiteres, gleich wie wenn sie auf eine bestimmte Lebensgefahr des Schenkers gestellt war, das Verschwinden der Gefahr. Und seht ihr denn nicht, hätte man den Gegnern erwidern können, daß ihr euch in einem Cirkel herumdreht. Das, behaupten wir ja nur, ist das Wesen dieser eignen Schenkung, daß sie immer unvererblich ist, versteht sich vor dem Tode des Schenkers, wogegen jede andere Schenkung immer vererblich ist: die inter vivos donatio, wenn auch der Schenker sich den Widerruf aus Reue ausdrücklich vorbehielt, kann zehnmal vererbt werden, ehe es zu diesem Widerruf kommt, während die m. c. donatio auch nicht einmal v. d. T. d. Sch. vererbt werden kann. »Daß der Beschenkte den Eintritt der Unwiderruflichkeit nicht mehr erlebt, mithin seinem Erben nur ein widerrufliches Recht hinterlassen hat« soll der m. c. donatio eigenthümlich seyn? Aber das ist ja gerade der inter vivos donatio, wenn diese einmal ausnahmsweise widerruflich gemacht wurde, eigenthümlich, bey der m. c. donatio findet es niemals statt, weil bey ihr, wie gesagt, v. d. T. d. Sch. nichts vererbt wird. An dieses Wesen der Schenkung Todes halber schließt sich aber als charakteristisch an, daß sie regelmäßig auch durch freien Willen des Gebers widerrufen werden kann, was nur beym Vermächtniß immer geschehn kann; wogegen die Schenkung unter Lebenden nur so weit widerrufen werden kann, als es sich, wie höchst selten vorkommt, im einzelnen Falle klar nachweisen läßt, daß die Reue beliebt und auf eine rechtskräftige Weise besonders verabredet worden. Dieß ist also die Seite, wo sich m. c. donatio und Legat berühren; denn daß, wo die Regel eintritt, das Geschäft ein letztwilliges ist, gleich wie jedes Vermächtniß, wer kann es leugnen? und wenn »der Widerruf der mortis causa donatio Zurücknahme bereits wirklich erworbener Rechte ist« (S. 109.), wie kann das in diesem Betracht einen Unterschied machen? Die Reue ist dann nur noch wirksamer, wie bey

einem Vermächtniß; alles bleibt doch vom letzten Willen abhängig, d. h. davon, ob der Schenker bey seinem freigebigen Willen bis zu seinem letzten Hauch verharrt. Und es ist ja auch nicht einmal richtig, daß hier immer »bereits wirklich erworbene Rechte« rückgängig gemacht werden. Wenn das Eigenthum bey der Tradition bis zum Tode vorbehalten wurde, und vor diesem nun der Widerruf eintritt; so wird ja nichts rückgängig, als daß die Tradition, die noch nichts gewirkt hat, künftighin auch nicht wirken kann. — Dennoch würde dieß noch immer characteristisch bleiben an der m. c. donatio im Verhältniß zur i. v. donatio, wenn es auch im Recht kein Testament und kein Vermächtniß gäbe.

Allein die m. c. donatio geht doch in so fern unter Lebenden vor sich, als schon etwas mit warmer Hand oder doch nach besonderer Verabredung gleich im Augenblick des Todes und vermöge eines unter den Lebenden Statt gefundenen Akts übertragen wird! Gewiß, aber das ist characteristisch zum Unterschied von Legat, nicht zum Unterschied von inter vivos donatio, der es vielmehr mit unsrer donatio gemein ist, von welcher sie sich nur durch den obigen Character: Unvererblichkeit bis zum Tode des Schenkers und regelmäßige Widerruflichkeit unterscheidet.

Doch wir haben die römischen Juristen schon genug streiten lassen; sollten sie wirklich, was ich bezweifle, einen solchen Streit mit einander geführt haben, so ist mir nicht bange, daß Ulpian und Paulus nicht am Ende sollten Recht bekommen haben (»post magnas varietates obtinuit«).

In vollem Ernst, der Verfasser wäre nicht in diese Strudel hineingerathen, wenn er die von Vielen behauptete Gleichheit mit Legat, und die Ungleichheit mit der eigentlichen Schenkung, jede ganz für sich mit gleicher Sorgfalt untersucht hätte, denn indem er es zu seinem Geschäfte macht, die erstere zu bekämpfen, drückt er die letztere mit unsrer Schenkung m. c. zu fest zusammen, während er doch nicht allen

Unterschied derselben verkennen kann, und auch nicht verkennt. Das ist denn auch nicht ohne weitere Folgen geblieben, und ist auch keinesweges ohne eigentlich praktische Erheblichkeit.

Er geht schon früh (S. 103) davon aus, daß »die classischen Juristen unter Donatio in allgemeiner Auffassung sowohl die mortis causa als die inter vivos verstånden,« mit Berufung auf L. 67. §. ult. D. de V. S. Wie ich über diese Stelle denke, habe ich Rh. M. a. a. O. S. 348. Note 185 gesagt. Kommt gar kein Grundunterschied von donatio inter vivos in Betracht, und keine Verwandschaft mit Vermächtniß, so ist es auch noch erstan unbedenklich, beide unter dem generellen Wort zusammengefaßt zu denken, und das gilt auch von dem teutschen Wort Schenkung. Ja wenn der Zusammenhang darnach ist, so kann man auch das Vermächtniß darunter begreifen [22]) denn dasselbe ist auch donatio, doch ist dieses nicht so leicht anzunehmen wie jenes, da hier ganz disparate Benennungen üblicher zu seyn pflegen. Ferner ist so viel gewiß, daß die beschwerlichen Verordnungen über die Formen [23]), welche Constantin gab [24]), ausdrücklich mit auf die m. c. donatio gerichtet waren, und daß darunter auch das Erforderniß von Zeugen vorkam. Daß dieß aber mit den Theodosischen Modificationen [25]) in das Justinianische Recht praktisch dergestalt übergegangen sey, daß darnach jede inter vivos donatio vor drei Zeugen errichtet werden muste (S. 132.) bezweifle ich sehr, und dieses in unser praktisches Recht zu übertragen, würde

22) L. 36. D. de legat. II. Modestin l. 3. Pand. Legatum est donatio testamento relicta. Vergl. L. 87. D. de legat. III, Paul. L. 4 ad Leg. Iul. et. Pap. Et fideicommissum et mortis causa donatio appellatione legati continentur.

23) Formen sind dieß im strengsten Sinn, indem sie vom Gesetz willkürlich und zufällig vorgeschrieben sind, wogegen solche Gestaltungen, die aus der Natur des Rechtsgeschäfts selbst hervorgehen, wie bey der Donatio Mancipation, Tradition (G. Z. S. 100), kaum so genannt werden sollten, oder doch in einem ganz andern Sinne so heißen.

24) L. 1. C. Theod. de donat. Vgl. L. 25. C. Just. eod. Fr. Vat. §. 249.

25) L. 29. 31. C. de donat. Vgl. L. 3. C. Thod. de sponsal.

wohl ein jeder Anstand nehmen, der sich vor Neuerungen in unserm Gerichtsgebrauch, die sich vielleicht aus alten Gesetzen herausinterpretiren lassen, nicht aber durch die natürlichen Verhältnisse geboten werden, sondern ihnen vielmehr entgegen sind, einige gerechte Scheu hat. Dem sey aber, wie ihm wolle, daß Justinian in L. ult. C. h. t. zu dieser Constantinisch-Theodosischen Form nur einen Zusatz von zwey Zeugen für die großen Schenkungen in Ermangelung der Insinuation habe machen wollen, daß also die fünf Zeugen der L. ult. gar nicht vom Legat und Codicill entlehnt, sondern der m. c. donatio nur beygelegt worden sind, um diese Art der donatio von der Insinuation frey zu machen; das kann ich unmöglich glauben. Es scheint mir eine gar zu künstliche Operation zu erfordern, hier die Entscheidung über die Form ganz von der über die Materie abzulösen, und die erstere mit der Frage, ob die m. c. donatio mehr der inter vivos donatio oder dem Legat zu vergleichen sey, womit die Constitution anfängt, und die sich durch dieselbe hindurchzieht, außer Verbindung zu stellen. Doch das weiter zu beurtheilen, will ich unbefangenen Lesern überlassen, und mich darauf beschränken, zu gestehen, daß ich hierin nicht, wenn auch sonst meistens in der Auslegung dieses Gesetzes, mit dem Verfasser übereinstimme [26]).

Das praktische Resultat wäre nun nach meinem Dafürhalten im Ganzen dieses: die Schenkung Todes halber ist im Recht ein juristisches Wesen für sich, welches erhebliche Eigenschaften mit der Schenkung unter Lebenden und wiederum eben so erhebliche mit dem Vermächtniß gemein hat, aber von diesem sowohl als jener noch immer rein zu sondern ist. Die Aehnlichkeit dort und hier hat juristische Wirkungen erzeugt, welche sich zum Theil noch im praktischen Recht vorfinden, zum Theil untergegangen sind. Zeigen sich Fälle,

26) Vgl. oben I. 10.

worin es zweifelhaft ist, ob die Analogie des Vermächtnisses oder der Schenkung unter Lebenden anzuwenden sey, so giebt es noch immer keine Präsumtion für das Eine oder für das Andre, so lange sich noch aus der Vergleichung der Natur jedes Falles mit den tiefer liegenden Ursachen jener Aehnlichkeiten und Vergleichungen überwiegende Gründe auf der einen oder der andern Seite herleiten lassen. Justinians Gleichstellung mit Legat findet nur in den Einzelnheiten, welche er hat bestimmen wollen, oder in reinem Zweifel und wo die Natur der m. c. donatio gar nicht widerstrebt, z. B. wenn die Frage ist, ob dem Donatar wegen der in der Erbmasse noch befindlichen Sache ein Pfandrecht gleich wie dem Legatar vergönnt seyn soll, volle Anwendung. S. Rh. Mus. III., S. 10 [27]).

Endlich erlaube ich mir noch auf etwas aufmerksam zu machen, was S. 120 der G. Z. steht. Es heißt da:

> Herr Dr. Müller hat das Verdienst, den wichtigen Unterschied zwischen Testamentifactio und Capacität in neuerer Zeit, so viel mir bekannt ist, zuerst öffentlich zur Sprache gebracht zu haben. Unseren Compendien ist das leider zu hoch.

Diesen letzten Zusatz könnte ich mir für meine Person gern gefal-

27) In ähnlicher Art bestimmt die Sache Mühlenbruch in seinem Lehrbuch §. 565 Not. 11; nur nimmt er von vorne herein eine Präsumtion für die Gleichstellung mit Legat an, sobald es nicht aufs deutlichste erhelle, daß die eigenste Natur der Schenkung Todes halber dieß nicht vertrage. Nach meiner Ansicht wird hier freilich dem Richter mehr freies Urtheils gelassen, aber ich gestehe, daß ich das für gut halte, und wenn es im Einzelnen einmal schadet, so liegt das an der unbestimmten Theorie, meistens aber daran, daß man nicht für tüchtige Richter gesorgt hat, die sich doch einmal nicht entbehren lassen. — Einen Fall aus statutarischem Recht will ich hier doch nennen, um ein Beispiel zu geben, wie viel hier auf die rechte Bestimmung der Präsumtion ankommt. Man denke sich, ein Statut hat bestimmt, wer einem Andern durch Vertrag seine Erbschaft zugesichert hat, soll kein Legat gültig errichten, wohl aber unter Lebenden veräußern, und selbst verschenken können, wie ist es hier mit der Todes halber geschehenen Schenkung? Die Sache wird schwieriger, wenn der Ausdruck „unter Lebenden“ weggelassen würde.

ken lassen, und ich will auch dem Verfasser keinen Vorwurf daraus machen, daß er dieß gerügt hat. Aber um unsrer gemeinsamen guten Sache willen, hätte ich fast gern gesehn, daß dieß ungesagt geblieben wäre. Wir sind alle dabey interessirt, daß man gegen die Compendien billig sey, wenn wir auch noch selbst keine machen mögen. Zuerst muß doch gerechter Weise noch ein Unterschied gemacht werden zwischen diesen und jenen Compendien. Es gibt Verfasser von Lehrbüchern, welche die Geschichte des Rechts in gar weiten Falten um sich her breiten, und die doch wenig Geschicklichkeit zeigen, Dogmatik mit Geschichte in einen lebendigen Rapport zu bringen; das klafft so bey ihnen auseinander, wenn es auch in einem Buch freundnachbarlich zusammengestellt ist, daß man nur nicht recht begreift wie es in einem Kopfe zusammen hat Platz finden können. Dagegen andern Lehrbüchern, welche von Geschichte wenig reden, sieht man es doch recht wohl an, daß ihnen ein bedeutendes Studium derselben vorangegangen.

Sodann könnten diejenigen, welche sich hier getroffen fühlten, und mit ihnen die Freunde der Lehrbücher des reinen geltenden Rechts, die es zu lieben pflegen, daß auch Antiquirtes, wenn es nur im Corpus iuris Justinianei vorkommt, für die Praxis aufgefrischt werde, dießmal grade manches entgegnen, was sich wohl hören ließe. Es ist meine Sache nicht sie zu vertreten, aber es lohnt sich doch der Mühe, Einiges, was sich vorbringen ließe, anzusehn. Z. B. könnten sie sagen, die Sache mit der Incapacität sey noch etwas zu unreif, um davon gegen die herkömmliche Weise Gebrauch zu machen, namentlich sey sie in der Schrift des Herrn Dr. Müller sicherlich nicht zur Reife gediehen, denn sonst fände sich dort wohl nicht S. 29. L. 37. D. de m. c. donat. mit der Inscription Lib. 15. ad Leg. Iul. et Papiam, dafür angezogen, daß zur Zeit der Klassiker schon der Satz als Gesetz (sic) gegolten habe: „alles was von den Legaten

Rechtens ist, soll es auch von den Schenkungen auf den Todesfall seyn,« und hätte derselbe wohl nicht Seit. 85. bey der Erörterung des Unterschiedes von »capere posse und »testamentifactio passiva,« ohne nähere Erläuterung gesagt: »ganz dasselbe finden wir hinsichtlich des Indignus bestätigt,« denn mancher Compendienschreiber könnte meinen, daß das »capere non posse« bey der Indignität doch wohl einen andern Sinn hätte, als bey der Incapacität der Lex Papia. Wenn dagegen der Verfasser selbst dem Herrn Dr. Müller darin widerspräche, »daß die Capacität auch bey letzten Willen nicht früher als im Augenblick des Todes und nicht wie die Testamentifactio bey der Errichtung erfordert werde« (S. 3. ibid.), so scheine doch der Letztere ganz Recht zu haben. Seltsam sey die Einwendung (S. 121.) »daß Modestinus es für eine benevolentia erkläre, den Erben oder Legatar auf den Fall zu ernennen, daß er zu der Zeit, wo die Erbschaft oder das Legat zu erwerben sey, also des Todes, capere potuerit, was keinen Sinn hätte, wenn die Capacität schon an sich erst im Augenblick des Todes erfordert würde.« In der L. 62. D. de heredib. instit [28]), ließe sich sagen, sey ja offenbar unter dem tempus capiendae hereditatis nicht die Zeit des Todes, sondern die Zeit der eintretenden Capacität: »cum capere potuerit,« gemeint, und das Singuläre läge darin, daß der Testator hier eigenwillig die vom Gesetz vergönnte Frist von hundert Tagen (Ulp. 17. 1. Fragm. de iure fisci §. 3.) nach Gefallen erstrecken könne. Noch deutlicher ergebe sich das ja aus L. 51. pr. D. de legat. II. [29]) und L. 52. eod. sey ja ganz klar:

28) In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse, benevolentiae est, veluti: Lucius Titius, cum capere potuerit, heres esto. Sie wird gewiß irrig gemeinhin von der sogenannten testamentifactio passiva verstanden, um doch keine antiquirte Stelle unpraktisch zu lassen.

29) Ulpian. lib. 8. ad Legem Juliam et Papiam. Si ita quis testamento suo cavisset: »illi quantum plurimum per legem accipere potest, dari volo,« utique tunc cum *quando* capere potuerit, vide-

Terentius Clemens lib. 3. ad Legem Juliam et Papiam. Non oportet prius de conditione cuiusquam quaeri, quam hereditas legatumve ad eum pertineat,

womit sich noch Ulp. XXII. 3. vergleichen lasse [30]. Im Interesse dieser Gegner wäre es freilich, diese Klarheit und Sicherheit nicht zu sehr hervorzuheben, aber es bliebe ihnen doch immer der Schlupfwinkel, daß diejenigen, welche dieß zuerst so eigentlich öffentlich (d. h. vor dem Lesepublicum, denn in den Hörsälen ist es schon lange und oft geschehen, wie ich mir und Andern bezeugen kann) zur Sprache gebracht hätten, selbst noch uneinig und nicht recht sicher wären. Endlich gibt es in der Lehre von der Incapacität, wenn man sie historisch durchführen sollte, noch mancherlei eigne Inconvenienzen, die dem Verfasser gewiß nicht unbekannt sind, die der ganzen Sache aber leicht den Schein der Ungewißheit geben, z. B. mögte es nicht so leicht zu erklären seyn, wie noch von der Incapacität handelnde Stellen in Justinians Pandekten hineingekommen sind, und im alten Sinne, da doch schon lange vor ihm in seinen Codex aufgenommene Constitutionen existirten, welche die poenae orbitatis et coelibatus aufhoben, und das ius liberorum allgemein machten [31], und die L. un C. de caduc toll. welche, freilich jünger als die Pandekten, die Fälle der Caducität aufrechnet, der Incapacität der Lex Julia aber nicht erwähnt, obgleich diese in jener doch mit begriffen war, und man doch geneigt seyn darf anzunehmen, daß der etwannige Rest hier zugleich mit der ganzen Caducität aufgehoben wurde? — Es mögte also rathsam seyn, mit den Compendien Frieden zu schließen, um

tur ei relictum. Sed et si dixerit: »quam maximam partem dare possum,. damnas esto heres meus ei dare, idem erit dicendum.«

30) Freilich die von Müller zum Beweis angeführte L. 11. D. de vulg. subst. mögte wenig austragen, da jede Substitution eine durch den Tod des primo gradu institutus bedingte Erbeinsetzung ist, und auf bedingte Erbeinsetzungen die regula catoniana ohnehin keine Anwendung leidet.

31) Vgl. Titt. C. Theod. VIII. 16. 17. et C. Just. VIII. 58. 59.

sie wenigstens dahin zu bestimmen, daß sie offenbar von der Incapacität handelnde Stellen, wie in unsrer Materie die L. 37. D. h. t. nicht mehr als geltendes Recht in einem Umfange ansehen mögten, wie sie nie und zu keiner Zeit gemeint gewesen seyn können. In der neuesten Zeit hat noch wieder diese ganze Frage nach der Incapacität einen neuen Glanz bekommen, indem sie in der schwierigen Lehre vom ius accrescendi eine Klippe zerstöhrt hat, an der mancher gestrandet war, der sie nicht klug zu umschiffen verstand, ich meine die L. 89. D. de legat. III., worin den bloßen verbis coniunctis ein Vorzug beygelegt wird. Da ist es aber artig und dürfte jenen fingirten Gegnern nicht unangenehm zu bemerken seyn, wie ein neuester Schriftsteller [32]), der die Sache auch historisch behandelt, dem Verfasser eines rechtsgeschichtlichen Compendiums (Herrn D. A. Rath Schweppe) darüber einen so lautenden Vorwurf macht:

»Wie man diesen Zusammenhang anerkennen, und dennoch mit Schweppe (R. G. §. 518. a. Not. 8.), den verbis coniunctis nach Aufhebung der Lex Papia ein ius accrescendi absprechen kann, ist mir unbegreiflich;«

wogegen ein andrer neuester Schriftsteller [33]) der sich als einen der Rechtsgeschichte kundigen Mann schon früher gezeigt hat, ihm das gewissermaaßen zum Verdienst macht, daß er hierin seinem Vorgänger Hugo gefolgt sey. »Der Zusammenhang« ist nämlich kurz dieser: die L. 89. geht, wie sich nun leichter aus Gaius II. 207. ersehen läßt, bloß auf das Vorzugsrecht der legatarii patres coniuncti, und gar nicht auf das eigentliche ius accrescendi, und so muß man nun alle die eigenthümlichen Prämissen annehmen, welche in der Schrift des Herrn Doktor Baumeister vorangehn, um

32) D. Baumeister vom Anwachsungsrecht unter Miterben. Tübing. 1829.

33) D. Rudorff über die caducorum vindicatio in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft VI. 3. Berl. 1828. S. 418.

herauszubringen, daß nun doch noch nach Römischem Recht ein Vorzugsrecht der bloßen verbis coniuncti beym eigentlichen ius accrescendi. Statt finde und zwar zufolge der L. 89., welche gar nicht davon handelt: was doch wirklich einem Compendium nicht rückwärts (die neueste Ausg. ist von 1826) zugemuthet werden konnte. Denn daß diese so wie andre Stellen über die Caducität in die Pandekten aufgenommen wurden, dürfte leichter zu erklären seyn, als die Aufnahme jener Stellen über die Incapacität [34]), ja es mögte eher einer Erklärung bedürfen, warum so wenige? da die L. un. C. de caduc. toll. doch jünger, freilich nur ungefähr ein halb Jahr jünger ist als die Publication der Pandekten, in dieser aber die Caducität mit ihrem Anhang dem ius patrum in caducis vindicandis (§. 14. verb. »fiscum nostrum *ultimum* ad caducorum vindicationem vocari«) erst vollends aufgehoben wurde. Kurz es mögte diese Zertrennung der Meinungen leicht so unterhaltend seyn, als die derselben Schriftsteller über die Lex Papia, indem Baumeister a. a. O. S. 83. Not. 2. sie für ein »sorgfältig ausgearbeitetes« Gesetz ausgibt, und aus dieser Vortrefflichkeit argumentirt, wogegen Rudorff a. a. O. S. 418 von ihr sagt: »auf allgemeine Gründe mag ich bey einem so äußerlichen und *minus diligenter* copirten Gesetz kein Gewicht legen;« wenn sich nur jenes nicht hieher gehörige Thema so leicht und beyläufig verfolgen ließe, als sich diese Entzweiung (absichtlich ist keine, denn beide wußten nichts von einander) leicht und schnell nach Gaius III. 47. in f. für Rudorff mit einiger Modification entscheiden läßt.

Kehren wir nun noch einmal zum guten Ende zu unsern Aufsätzen über die m. c. donatio zurück, so glaube ich in der That, daß dieselben nicht nur neben einander werden bestehen können, wie der Herr Verfasser des Aufsatzes in der

34) Vgl. Rudorff a. a. O. S. 424.

Giessener Zeitschrift zu bescheiden sich ausdrückt, sondern daß sie sich auch unter einander werden unterstützen, und zur Bezeugung der Wahrheit hülflich und dienlich seyn können; um so erfolgreicher wird dieß aber seyn, wenn wir darnach trachten, möglichst alle Uebertreibung und jede leicht von unberufenen Gegnern zu mißbrauchende Blöße von unserm Werk zu entfernen, und die Wahrheiten, welche unser gemeinsamer Fund sind, immer mehr im Detail zu berichtigen und zu bestärken. Ich bitte nun den von mir sehr geachteten Verfasser jener Abhandlung sowohl als den geneigten Leser, diesen meinen Beitrag dazu gütig aufzunehmen, denn auch der Nachsicht des Letzteren bedarf ich sehr, da in dieser Zeitschrift nun schon so viel und lang von der Schenkung Todes halber die Rede gewesen ist, daß die Redaction wohl Ursache haben wird, ihr vorerst über dieß Thema den Mund zu schließen, bis es künftig einmal nöthig und schicklich befunden wird, ihr ihn wieder zu öffnen.

Beyträge zur Kritik des Textes von Gai. IV. 43.

Zusammengestellt von

Puggé.

Als vor einem Jahr mir mein Freund Puchta die Emendation dieser Stelle, welche Bd. 3. p. 80 und 81 dieser Zeitschrift abgedruckt ist, mittheilte, bemerkte ich ihm, daß auf diese Weise eine Condemnatio ohne pecuniaria Aestimatio zum Vorschein komme, da doch diese, sey es nun mit certa oder incerta Pecunia, nach Gajus eigener Angabe (IV. 48. 49.) in der Formula stehen müsse. Auf den Einwurf, daß, wenn man die savigny'sche Emendation beybehielte, die Worte »et reliqua« unerklärlich blieben, erwiderte ich: Gajus gebe, nachdem er das Wesen der Condemnatio erklärt, zuerst ein Beyspiel ohne Taxatio, dann ein Beyspiel mit Taxatio, darauf aber eine abgekürzte Condemnatio, worin die Potestas absolvendi ausgelassen sey, diese Abkürzung möge sich so in der Praxis der Kürze wegen gebildet haben, da demjenigen welchem die Potestas condemnandi beywohne, die Potestas absolvendi nicht fehle [1], statt nun aber auch ein Beyspiel einer abgekürzten Formel mit Taxation zu geben, schreibe er et reliqua [2]. Puchta's Emendation wurde darauf abgedruckt. Um ihr noch eine größere Evidenz zu geben, erhalte ich so eben nachstehenden Beytrag von Blume.

1) L. 3. de re jud. L. 37. de R. J.

2) M. vgl. auch die Addenda zu der Ausgabe von Gaii et Iustin. institt. durch Klenze und Boecking. Berol. 1829, und Hugo in den Gött. G. A. 1829 St. 94. p. 932.

»Je allgemeiner die Freude ist, mit welcher Puchta's glückliche Verbesserung der obigen Stelle aufgenommen wurde, desto mehr liegt mir daran, ihr durch eine Kleinigkeit noch eine grössere Evidenz zu geben. Puchta will lesen: *sestertium x milia.* Allein der vorhergehende Text lautete: *duntaxat x milia.* Auch beginnt Göschen's Abschrift an der ersten Stelle mit *di*, was nicht leicht mit *ss*, wohl aber mit *dt* (*duntaxat*) verwechselt werden konnte. Beide Gründe entscheiden also auch in der zweiten Stelle für die Lesart: *duntaxat x milia.*«

Früher als diese Zeilen war schon durch die Güte des Herrn Prof. Unterholzner folgender Versuch, die verdorbene Stelle zu heilen, bey der Redaction eingegangen.

»G. F. Puchta hatte in einem frühern Hefte nachgewiesen, daß Göschen Unrecht hatte, wenn er bei Gaj, IV. 43. folgendermaßen ergänzte:

> „Condemnatio est ea pars formulae, quae judici condemnandi absolvendive potestas permittitur. Velut haec pars formulae: . . . . . IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DUMTAXAT (X MILIA) CONDEMNA: SI NON PARET ABSOLVITO. Item haec: IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO X MILIA CONDEMNATO et reliqua, ut non adjiciatur: SI NON PARET ABSOLVITO.«

Er selbst liest die zweite Formel auf folgende Weise:

> »IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA et reliqua, ut non adjiciatur: SESTERTIORUM X MILIA.«

Dieses Weglassen der X MILIA (die der Abschreiber nach Puchta's Annahme in der vorhergehenden Zeile, wo sie mit Unrecht fehlen, weggelassen, und dafür in der folgenden eingeschoben haben soll) ist aber durchaus unthunlich: denn ist die Formula certae pecuniae, so muß sie die Summe bestimmen; ist sie incertae pecuniae, so muß sie entweder das maximum festsetzen oder die Worte QUANTI EA RES ERIT, QUIDQUID DARE FACERE OPORTET u. d. gl. enthalten,

(Gaj. IV. 50. 51.): wie kann sie das bloße CONDEMNA aussprechen.

Ein besseres Heilmittel dürfte sein, wenn man die zweite Formel auf folgende Weise liest:

»IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO X MILIA CONDEMNA et reliqua, ut non adjiciatur: DUNTAXAT.«

Es unterscheidet sich nämlich in der That die zweite Formel von der ersten durch dieses Fehlen des DUNTAXAT, welches übrigens einen wesentlichen Unterschied ausmacht (vgl. Gaj. IV. 50. 51.). Das DUNTAXAT war übrigens in der Handschrift zu Verona mit der gewöhnlichen Abkürzung dt geschrieben. Außerdem finden sich noch ein paar andere Zeichen. Diese gehören aber zum folgenden §., den sie am Anfange so ergänzen, daß es unnöthig ist, mit Göschen die Worte »Neque tamen semper« (oder wie ich selbst vorgeschlagen hatte »Nec tamen unquam«) einzuschieben. Diese Zeichen enthalten nämlich die Worte »Nec tamen« (n tm), so daß nun der §. 44. so lautet: »Nec tamen istae omnes partes simul inveniuntur« u. s. w.«

Unterholzner äußert also dasselbe Bedenken, was ich oben angeführt habe, dessen Emendation scheint mir aber auch nicht wohl zulässig, denn es würde nach dieser Verbesserung die dritte Formel von der ersten dieses §. in nichts Erheblichem unterschieden seyn.

Bemerkungen zu der von Hrn. Prf. Buchholz besorgten Ausgabe der Vaticana Fragmenta

von

Puggé.

Der Herausgeber theilt uns in der Vorrede die nöthigen Angaben über die Handschrift dieser Fragmente aus den Notizen von Angelo Mai mit, dann bestimmt er die Zeit der Entstehung dieser Sammlung wie Schrader [1]). In der Angabe des Zwecks den man bey der Anlage dieser Arbeit gehabt habe, weicht er von den früheren Meinnngen darin ab, daß er glaubt, sie sey zunächst für den Schulnnterricht, nicht zu practischem Gebrauch angelegt, weil auf zur Zeit der Abfassung schon antiquirtes Recht öfters Rücksicht genommen werde. Gewiß war dies aber auch in den Schriften der klassischen Juristen der Fall, und daß diese zum Schulgebrauch geschrieben worden, wird Hr. v. B. sicherlich nicht behaupten wollen. Zum Schluß der Vorrede folgen Mittheilungen über die äußere Anordnung der Bearbeitung und

1) Es wäre zu wünschen gewesen Herr v. B. hätte sich auf von Schröters scharfsinnige Vermuthung näher eingelassen. Wobey denn auch hätte berücksichtigt werden müssen, was sich über die Abfassungsgeschichte in den Bydragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving etc. door Mr. C. A. den Tex en Mr. J. van Hall. 1826. Bd. 1. S. 19. findet. Es sey mir erlaubt bey Anführung dieser niederländischen Zeitschrift an Wencks Aufforderung (Leipz. Lit. Zeit. 1826. p. 1087. folgg.) dieses gehaltreiche Blatt in Deutschland ja nicht unbeachtet zu lassen, zu erinnern.

Danksagungen für die Unterstützung die dem Herausgeber von ausgezeichneten Civilisten geworden ist. Es wäre gewiß hier nicht an der unrechten Stelle gewesen über die Anlage der ganzen Bearbeitung zu sprechen, allein darüber findet sich nichts. Herr von Buchholz scheint eine vollständige Erläuterung der Vaticana Fragmenta zum Zweck gehabt zu haben. Ich müßte mich aber sehr irren oder der Commentator hat sich seinen Plan nicht ganz klar gemacht. Mag Herr von Buchholz auch der Meinung seyn, daß diese Fragmentensammlung zum Schulunterricht bey den Römern gebraucht worden sey, so wird er doch gewiß nicht glauben, sie sey dazu geeignet uns jetzt als Leitfaden bey der Einführung in das Römische Recht zu dienen, der Zuhörer würde nicht den feinen Untersuchungen, wie sie sich z. B. in dem Abschnitt de usufructu finden, zu folgen im Stande seyn. Wenn nun die Vat. Frg. nur eine Lectüre sind für Geübtere, so wird es nichts nützen in einem Commentar zu denselben dem Leser gewiß schon anderweitig bekannte Gegenstände wieder zu erläutern, es sey denn daß sie neues Licht durch diese neue Quelle empfiengen. Zur Vollständigkeit würde daher nur gehören, daß man die bey dem jetzigen Zustand der Quellen schwierigen Stellen erläutere, oder auf den Sitz der Schwierigkeit aufmerksam mache. Dieses Maaß hat aber Hr. von Buchholz so weit überschritten, daß er nicht bloß Geläufiges nochmals wiederholt, sondern auch angrenzende Materien ohne weitere Veranlassung abermals zur Discussion bringt. Manchmal wäre auch wieder umgekehrt zu wünschen, der Commentar wäre ausführlicher abgefaßt worden. Bey der ersten Lectüre wird man sich überzeugen können, daß dies keine ungerechte Ausstellungen sind. Dagegen verdienen der Fleiß und die Sorgfalt, mit welcher der Herausgeber die vorhandenen Bearbeitungen zusammengetragen, so wie auch die eigenen Bemühungen um Text und Erklärung unstreitig großen Dank und freudige Anerkennung, wie dies ihm auch schon

durch Herrn G. J. R. Hugo [2]) gewiß sehr belohnend geworden ist.

Um dem Herrn Herausgeber meine Theilnahme zu beweisen, und zum weiteren Verständniß dieser schätzbaren Ueberreste antejustinianischen Rechts, die uns mehr in die Werkstätte der Römischen Juristen sehen lassen, wie irgend ein anderes Stück welches uns außerhalb des Corpus Juris erhalten ist, mein Scherflein beyzutragen, mögen folgende Bemerkungen hier ihren Platz finden.

Zu §. 1. Im ersten Fragment ist es zur Frage gestellt ob, wenn man von einer Frau eine Res Mancipi gekauft und tradirt erhalten habe, ohne daß der Tutor bey dem Geschäft auctorirt habe, dieser Mangel aber dem Käufer bekannt gewesen sey, usucapirt werden könne? Hr. v. Buchholz würde, nach seiner Anmerkung zu dem Worte sciens zu urtheilen, nicht mit dieser Inhalts-Angabe übereinstimmen, denn er erklärt *sciens* sc. mulieri in vendenda re mancipi auctoritatem tutoris necessariam esse. Allein der Käufer mochte sciens oder nesciens über den Rechtssatz seyn, daß eine Frau nicht ohne Tutoris Auctoritas eine Res Mancipi veräußern durfte, das veränderte in der Lage der Sache nichts, wäre er nesciens gewesen, so würde er sicherlich dadurch nicht bonae fidei possessor geworden seyn, denn eine iuris ignorantia war ja ohne Einfluß. L. 2. §. 15 D. pro emptore. *Sciens* muß sich also nothwendig auf eine vorliegende Thatsache beziehen, und es entsteht nun die Frage ob sciens mit den Worten sine tutoris auctoritate zusammen zu construiren sey; oder mit rem mancipi. Es giebt beydes denselben Sinn »wissend daß keine Auctoritas ertheilt wurde zur Veräußerung der Res Mancipi, oder wissend daß eine Res Mancipi ohne Auctoritas des Tutor veräußert würde.« Indeß kann es doch von Interesse seyn, wie man

2) Götting. G. A. 1828. St. 20.

construirt, wenn man sich den umgekehrten Fall denken will, wo der Käufer in bona Fide ist, nämlich um zu erfahren ob der Jurist voraussetzt, daß man im Irrthum sey über die Ertheilung der Auctoritas oder darüber ob die Res eine Res Mancipi sey oder nicht. Allein aus der Vorstellung läßt sich keine Entscheidung hernehmen, diese erlaubt Beydes. Wir sind also darauf angewiesen zu untersuchen welcher Irrthum denkbar oder ob gar beydes möglich ist. Dies führt uns zunächst auf die Form wie die Auctoritas ertheilt wurde. Statim in ipso negotio mußte die Ertheilung geschehen [3]). Die in der Tutel stehende Person mußte bey dem Tutor seyn, dagegen brauchte der andere Contrahent, wenn es ein solches Geschäft war, das er in seiner Abwesenheit schließen konnte, nicht praesens zu seyn. L. 9. §. 6. D. de autor. tutor. »Etiamsi non exaudiat tutoris auctoritatem is, qui cum pupillo contrahit, scriptis tamen hoc adprobetur, recte negotium geritur: veluti si *absenti* pupillo per epistolam vendam aliquid aut locem, et is tutoris auctoritate consentiat.«

Denken wir uns einen Fall wie der am Schluß dieser Stelle angegebene, nur daß der Tutor nicht wirklich auctorirt hat, und daß die in der Tutel stehende Person, den dritten Contrahenten durch falsche Angabe täuscht, so hätten wir die Möglichkeit eines Irrthums. Auf den Kauf durfte nun aber freylich keine Mancipation gefolgt seyn, sondern nur Tradition wenn der Käufer bona Fide besitzen sollte, da bey der Mancipation als einem civile Negotium wieder die Verleihung der Tutoris Auctoritas nothwendig war. Nur in einem Fall ist dies denkbar, wenn nämlich der Erwerber durch einen Sclaven bey der Mancipation repräsentirt wurde, und er veranlaßt ist, zu glauben dieser habe auf gültige Weise erworben. L. 5. D. pro suo »quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.« Den Verhältnissen nach stünde

3) Vgl. Cujacii observ. lib. XIII. c. 21.

also nichts im Weg sciens auf sine auctoritate tutoris zu beziehen.

Konnte man nun auch in Ungewißheit seyn ob eine Sache eine Res Mancipi oder Nec Mancipi sey? Der Katalogus der Res mancipi war gewiß jedem Römer bekannt. Aber es läßt unstreitig sich ein Irrthum denken, wenn man die Meinung derjenigen Juristen als practisches Recht annimmt, welche die Jungen der Zug- und Lastthiere nur alsdann für Res Mancipi hielten, wenn sie abgerichtet waren (welche Meinung die in der Praxis angenommene war, wissen wir keineswegs). Es kaufte nun jemand ein solches Thier in dem Glauben es sei noch nicht abgerichtet, also ohne zu wissen daß es eine Res Mancipi sey. Gehen wir davon aus so ist es gar wohl möglich, daß der Verfasser dieser Stelle sciens auf rem mancipi bezogen hat. Die justinianischen Compilatoren scheinen auf die letzte Weise construirt zu haben, indem sie bey der Aufnahme dieser Stelle in die Digesten [4]) sciens samt den Worten rem mancipi getilgt haben, hätten sie sich die erste Verbindung gedacht so wäre sciens sicherlich stehen geblieben. Entscheidend für die Richtigkeit der letzteren Erklärung ist das nicht, wie leicht war es daß man in der justinianischen Zeit die Stelle eines klassischen Juristen mißverstehen konnte. Ja ich gestehe daß mir die erste Erklärung viel natürlicher scheint.

Zur weiteren Erklärung der Stelle scheint es mir von der größten Wichtigkeit den Zweck festzuhalten, den Paulus hatte, als er diese Worte niederschrieb. Der Jurist wollte die Frage beantworten, ob man unter den angegebenen Umständen usucapiren könne? Er mußte also nach der verschiedenen Requisiten fragen, deren Daseyn zur Möglichkeit der Usucapion nothwendig war. Die bona Fides fehlte, schwerlich

4) L. 17. de contr. emt. „Qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit, vel falso tutore, quem scit tutorem non esse, non videtur bona fide emere, ut et Sabinus scripsit.“

wich darüber jemand von den Veteres und Sabinus und Cassius ab. Die zweite Frage war nach dem Titel. Labeo stellte den Titel pro Emptore in Abrede, Proculus und Celsus dagegen behaupteten der Käufer besäße pro Emptore. Herr von Buchholz glaubt, diese Meinungsverschiedenheit erkläre sich daraus, daß Labeo vor der Lex Claudia, die andern Juristen aber nach derselben geschrieben hätten. Indeß die Juristen welche von Labeo abweichen, geben selbst den Grund der abweichenden Meinung an, und diesen schöpfen sie aus der Natur der Verhältnisse. Labeo nimmt gar keinen Kauf an, und läugnet deßhalb daß der Besitzer pro Emptore besitze, indem aus einem Geschäft was gar nicht existire, kein Titel hervorgehen könne. Der vermeintliche Käufer besitzt mithin nach ihm pro Possessore. Wäre der Gegenstand des Kaufes eine Res nec Mancipi gewesen, so würde Labeo, da die Frau diese Art Sachen ohne Tutoris Auctoritas gültig veräußern kann, gewiß nach Uebertragung der Sache den Kauf für gültig erklärt haben. Indem ich Labeo diese Behauptung zuschreibe, scheine ich gegen den Grundsatz zu verstoßen, daß eine Frau überhaupt ohne Auctoritas des Tutor keine Obligatio contrahiren konnte [5]. Freylich die Frau wird durch den Kauf nie verpflichtet, wohl aber der andere Contrahent, ebenso wie das beym Pupillen der Fall ist. »Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.« [6] Kann die Frau aber wirklich etwas übertragen, und hat sie dies gethan, so wird die Obligatio practisch dadurch gültig gemacht. Es fragt sich also für den vorliegenden Fall, kann die Frau wirklich etwas übertragen? es scheint nicht, denn Res Mancipi kann sie nicht veräußern. Dieser Meinung ist Labeo; Proculus und Celsus aber führten eine Folge des Kaufes an, und so bekömmt das

5) G. III, 107 u. 108. I, 192. Ulp. XI, 27.
6) L. 13. §. 29. D. de actionibus empti vend.

Geschäft practisch eine Gültigkeit: der Käufer erwirbt Früchte durch Perception und es beruht dies auf demselben Grund wie der Fruchterwerb des Pachters,[7] nur geschieht es hier in Folge des Kaufs, und der Käufer besitzt mithin pro Emptore. Die Juristen führen für ihre Meinung, daß in dem vorliegenden Fall ein Titel vorhanden sei, noch einen zweiten Grund an: »et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Man vergl. Savigny R. d. Besitzes. 6te Asgbe. S. 376. Anmerk. 3. Allerdings liegt nun aber schon darin, daß Proculus und Celsus diese Folgen des Kaufes gestatten, eine benigna Interpretatio, indem sie ein Geschäft, welches auf volle Veräußerung des Eigenthums abzweckte, dem Wenigerem nach, welches die Frau bewirken konnte, gelten lassen, was keineswegs den strengen Grundsätzen des Römischen Rechts gemäß ist. Nach Proculus und Celsus ist also ein Titel vorhanden, Usucapion kann aber deshalb nicht statt finden, weil bona Fides fehlt, und diese fehlt weil mit Wissen ohne Auctoritas Tutoris veräußert worden ist. Ursprünglich standen bei den Römern alle Frauen die, nicht in einem Gewaltsverhältniß waren, auch über die Unmündigkeit hinaus in der Tutel. Zur Verwaltung derselben gelangten die gesetzlichen Erben (legitimi tutores), aber auch andere Personen (alterius generis tutores.) Ist in unserm Fall der übergangene Tutor ein legitimus Tutor oder ein Tutor alterius generis gewesen? Die Legitima Tutela insofern sie auf Agnation beruhte kann für Paulus Zeiten natürlich nicht mehr zur Frage kommen, da sie durch die Lex Claudia abgeschafft war, und selbst wenn unser Fragment von einem Juristen verfaßt wäre, der vor der Lex Claudia geschrieben hätte, so könnte man nicht an die Agnaten Tutel denken, da von der Usucapion einer Res Mancipi, angehörig einer Frau welche in der Agnatentutel stand, wenn sie ohne

7) L. 61. §. 8. D. de furtis.

Tutoris Auctoritas tradirt worden, gar nicht die Rede sein konnte, denn eine solche war alsdann eine Res vitiosa ähnlich der Res furtiva und Res sacra [8]). Ist aber für die spätere Zeit an die noch übrig gebliebenen Fälle der legitima Tutela zu denken? Dem legitimus Tutor war ein solcher Einfluß auf die Schicksaale des Vermögens der in Tutel stehenden Frau gegeben, daß dadurch ihm als dem nächsten Intestaterben der Hauptinhalt des Vermögens regelmäßig gesichert war; dies Recht ist unseres Wissens so lange die alte legitima Tutela bestand nicht geändert worden [9]). Hätte man nun aber Usucapion gestattet, was doch das Resultat des §. 1. ist, so wäre dadurch das ganze Recht der legitimi Tutores leicht elidirt worden. Es war auch kein dringendes Bedürfniß vorhanden, in diesem Fall eine Milderung des alten Rechts zu gestatten, da ein solcher Tutor immer propter magnam causam zur Ertheilung der Auctoritas gezwungen werden konnte [10]). Ganz anders verhält es sich aber mit den Tutores dicis gratia dati, durch diese wollte man nur bewirken daß die Frau nicht unberathen etwas that. Hatte nun die Frau unter einem Tutor letzterer Art stehend eine Res Mancipi veräußert ohne dessen Auctoritas einzuholen, hatte sie ein oder zwey Jahre lang das Geschäft factisch bestehen lassen, und hatte sie dadurch, daß sie das Geld was sie für die verkaufte Sache empfangen hatte behielt, auf's entschiedenste ihren Ernst documentirt, so war nicht leicht Gefahr vorhanden, daß sie unberathen bey dem Geschäft geblieben wäre.

Nach der bisherigen Auseinandersetzung war von den Requisiten zur Usucapion vorhanden 1) eine fähige Sache 2) justus Titulus. Bona fides aber fehlte noch; allein wahrlich eine Verordnung wäre gewiß nicht unbillig gewesen, die unter den vorliegenden Umständen dieses mangelnde Requisit

8) Gai. II, 47. 9) Gai. I. 192. 10) Gai. I. c.

supplirt hätte. Eine solche war nun auch wohl die Rutiliana Constitutio, sie setzte fest: wenn eine Frau nach empfangenem Kaufgelde während so viel Zeit das Geschäft bestehen läßt so soll fingirt werden die Auctoritas Tutoris sey ertheilt worden, und so fand denn propter Rutilianam constitutionem eine Usucapion statt. In dem Wort propter liegt keinesweges nothwendig daß die Usucapion erst eine mittelbare Folge der Rutiliana Constitutio sey. Wenn man auch diese Hypothese über die Rutiliana Constitutio nicht annimmt, — durch eine Hypothese wird man bey dem jetzigen Zustand der Quellen den Schluß der Stelle immer nur erläutern können, — so wird doch die ganze Darstellung zur Berichtigung einzelner Puncte der Erläuterung unseres Commentators beytragen, die ich der Kürze wegen nicht einzeln nahmhaft machen will. Nur das mag noch bemerkt werden, daß die publiciana Actio keinesweges die Bezahlung des Pretium erfordert. L. 8. D. de publ. act.

Zu §. 5. Zu der passiven Form veniri führt H. v. B. zwey Stellen aus den Digesten an, in denen diese Form auch gebraucht sey, in beyden steht diese Form kritisch nicht fest. Bey Gajus findet sie sich aber zweymal Lib. II. §. 155 u. III. §. 146.

Zu §. 6. Eine Frau verkauft eine Sclavin unter der Bedingung, daß wenn sie in dieselbe Civitas zurückkehren werde, aus der sie nach dem Vertrag verbannt seyn sollte, jene, die frühere Herrin, zur Manus Injectio berechtigt seyn solle. Ein so bedingter Kauf geschah aus verschiedenen Gründen, theils wegen der eigenen Sicherheit des Herrn oder der Herrin, theils weil diese einen Sclaven nicht mehr unter ihren Augen haben mochten, oder um ihn zu strafen u. s. w. Es scheint mir die Manus Injectio weder in dieser Stelle noch sonst da wo sie im justinianischen Rechtsbuch [11]) vorkommt, mit der alten Legis Actio zusammenzuhangen, sie ist eine Art außergerichtlicher Selbsthülfe vertragsweise zugelassen für Fälle,

11) Heffter observatt. ad Gaii comment. IV. p. 15. not. 3.

in denen es darauf ankommt daß rasch gehandelt werde. Wenn es bey Servius [12]) heißt: manus iniectio dicitur, quotiens nulla iudicis auctoritate exspectata, rem nobis debitam vindicamus, so ist das der Gattungsbegriff unter welchen sowohl die eben bezeichnete Manus Injectio als die Legis Actio, die durch Gesetze für bestimmte Fälle eingeführt war, gehört. In dem vorliegenden Fall ist zweyerley möglich: die Verkaufte kehrt als Sclavin in die verbotene Civitas zurück, dann kann die Verkäuferin die Manus Injectio anwenden ex lege adjecta; oder sie ward freygelassen und hält sich in dieser Conditio an jenem untersagten Orte auf, dann tritt folgende Bestimmung ein: die Liberta wird von Staats wegen in perpetuam servitutem sub eadem lege, d. h. daß sie nicht an diesem Ort verweilen dürfe, verkauft. Es ist dies ein ähnliches Verhältniß wie bey den Dediticii, in deren pessima Conditio es lag daß sie nicht nach Rom kommen und nicht innerhalb des Weichbilds sich aufhalten durften, thaten sie es doch so wurden sie von Staats wegen in perpetuam servitutem verkauft unter derselben beschränkenden Bedingung ihres Aufenthalts [13]). H. v. B. scheint anzunehmen, in den Worten sub eadem lege liege, daß durch den zweyten Verkauf für den Fall des Ungehorsams die Verkäuferin abermals das Recht auf Manus Injectio erwürbe. Ist denn hier irgend ein begründetes Repräsentationsverhältniß denkbar? der Verfasser hat vielleicht sagen wollen, der Staat habe sich das Recht der Manus Injectio bedungen. Hatte dieser wohl nöthig ein Executionsmittel sich gegen die Ueberschreitung seiner Befehle vertragsweise zu begründen? Dieser Verkauf von Seiten des Staats, fährt der Jurist fort, ist angeordnet, damit die Herrn ihre Sclaven welche sie fürchten nicht etwa umbringen, sondern nur verkaufen. Denn durch einen wie oben angegeben bedingten Kauf sind sie hinlänglich gesichert, weil ihnen der Staat die

12) Serv. ad Virg. Aeneid. X, v. 419.
13) Gai. I, 27. sqq.

adiecta lex garantirt; aber noch mehr ist dadurch erreicht, daß dieser öffentliche Verkauf in ewige Sclaverey so eingerichtet ist (ita fieri placuit), daß die Herrn den Sclaven die Beleidigung oder doch die Härte die in jenem Verkauf liegt, erlassen können: sie können sie von der ewigen Sclaverey und von ihrem Verbannungs-Orte befreyen helfen, wenn es sie gereute solche Bedingung gestellt zu haben. Das ist hier die Bedeutung von ita, nicht wie Herr v. B. will, indem er spricht: ita i. e. sub eadem lege ut manus iniiciatur. So lange die Herrn die Sclaven fürchteten, werden sie gewiß jene Bedingung nicht erlassen haben, nnd deshalb wird es am passendsten seyn q. u. nicht in *quamvis* oder *quaevis* sondern in *quondam* aufzulösen, die Furcht war einmal da, sie ist jetzt nicht mehr vorhanden. Daß man den venditores ein solches Recht des Erlasses gab, hat nichts auffallendes, wenn man die Worte, welche Ulpian in der L. 1. D. de servis exportandis von Papinian anführt, erwägt: »propter domini enim, inquit, securitatem custoditur lex ne periculum subeat; ja ich bin nicht abgeneigt anzunehmen, daß dies die Schlußworte unseres Fragments waren, Ulpian hat dominae in domini geändert.

Zu §. 9. Der Creditor kann rechtsgültig vom Debitor das Pfand kaufen, sey es daß man bey der Eingehung des Geschäfts, oder später sich darüber einigte. Auch ist certum Pretium vorhanden, fährt Papinian fort, im Fall das Geschäft so abgeschloßen wurde, daß wenn Kapital und Zinsen nicht zu rechter Zeit bezahlt würden, der Creditor die verpfändete Sache als verkauft behalten solle, denn der Betrag der Schuld unterliegt, da die Zeit des Zinsenlaufs bestimmt ist, keinem Zweifel. Aus diesem Zusatz sehen wir daß um einen jetzt schon festgesetzten Preis und zwar um die Summe der Schuld das Pfand dem Creditor soll verfallen können, der Jurist sagt also implicite, die Hinzufügung der Lex Commissoria beym Pfand sey wirksam. Daß zu

Papinians Zeit die Lex Commissoria beym Pfand ein erlaubtes Geschäft war, folgt daraus unstreitig. Den Grund davon kann ich aber nicht mit H. v. B. in der Aehnlichkeit dieses Verhältnisses und der Fiducia finden, ich muß überhaupt diese Aehnlichkeit bestreiten. Das Pfand, welches mit einer Lex Commissoria bestellt war, verfiel um eine schon bey der Errichtung desselben bestimmte Summe, etwa um die geliehene, sobald am Zahlungstermin die Schuld nicht entrichtet wurde; dagegen die Fiducia als Pfandgeschäft bestand darin, daß ich meinem Creditor Sicherheit machte, indem ich ihm eine Sache ins Eigenthum übertrug mit dem Pactum, daß mir dieselbe nach erfolgter Zahlung zurück übertragen würde, bezahlte ich dann nicht zu rechter Zeit, so konnte mein Creditor die fiducirte Sache veräußern, und sich mit dem erlösten Geld bezahlt machen. Nähere Bestimmungen über diese Veräusserung enthält der Titel de lege commissoria in den Sentenzen des Paulus. Indem ich also Fiducia Sicherheit bestellte, konnte ich keineswegs so durch Wucherey gedrückt werden wie bey der Lex Commissoria, bey dieser konnte sich der Creditor eine werthvolle Sache um geringen Preis zu eigen machen. Allein der Verfasser denkt sich die Fiducia vielleicht anders, und es ist deßhalb nöthig die verschiedenen möglichen Betrachtungsweisen dieses Instituts durchzugehen und zu prüfen.

Die Lex Commissoria hat allerdings Aehnlichkeit mit der Fiducia wenn man die letztere als einen Kauf auf Wiederkauf denkt, und zwar, so daß die Möglichkeit des Rückaufs durch den verfallenen Zahlungstermin aufhört. In beyden Fällen würde so die verpfändete Sache um eine zu Anfang des Geschäfts schon bestimmte Summe dem Creditor nach abgelaufenem Termin verfallen [14]). Mit der Fiducia konnte

14) Cujacius zu dem citirten Titel des Paulus hatte diese Ansicht, aber Schulting hat schon schlagende Gründe an demselb. Ort dagegen vorgetragen.

allerdings die Lex Commissoria verbunden werden, wie wir aus Cicero [15]) sehen, aber sie lag nicht in der Natur der Fiducia, wie könnte sonst von einer nothwendigen Veräusserung der fiducirten Sache durch den Creditor die Rede seyn, deren Ertrag ihm aber nur um soviel zu gute kommen soll als seine Schuld beträgt [16])? Zu verwundern wäre endlich, wenn die Fiducia das Wesen der Lex Commissoria involvirte, und man die Lex Commissoria wegen Aehnlichkeit mit ihr zugelassen hätte, daß Constantin mit der Lex Commissoria nicht auch die Fiducia abgeschafft hätte, da in dieser nach jener Vorstellung dieselbe Gefahr lag, welche durch die L. un. Th. C. de commissoria rescindenda beseitigt werden sollte. Man hat auch angenommen, daß diese Constitution die Fiducia aufgehoben habe. Wie vereinigt sich aber damit daß dieselbe noch nach dem Jahr 326 vorkömmt z. B. in der L. 9. Th. Cod. de infirmand. his quae sub tyr., bey Sidon. Apollin. IV. ep. 24 und in einigen Urkunden; man vergl. die Urkundensammlung I. papiri diplomatici raccolti ed illustrate dall' abate Marini p. 108 und p. 337.

Verschieden von der eben vorgetragenen Vorstellung über die Fiducia ist diejenige nach welcher sie zwar ebenfalls in Kauf auf Wiederkauf besteht, die Möglichkeit des Rückkaufs aber erst durch den Verkauf von Seiten des Creditors wegfällt. Diese Ansicht wird durch die angeführten Gegengründe nicht widerlegt, ja man könnte zur Unterstützung derselben etwa den §. 4. I. quibus modis re contrahitur obligatio anführen. In dem Schluß dieses §. wird ein Gewicht darauf gelegt, daß der Creditor wenn das Pfand aliquo fortuito

15) Cic. pro Flacco c. 21. — pecuniam adolescentulo, grandi fenore, fiducia tamen accepta, occupavisti. Hanc fiduciam *commissam* tibi dicis: tenes hodie ac possides.

16) Paul. Sent. lib. II, tit. 18. §. 1. Debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem.

casu bey ihm zu Grunde gegangen sey, dennoch seine Schuld einklagen könne. Es wäre möglich daß man dieses hervorgehoben hätte im Gegensatz der Fiducia, bey der, da im vorliegenden Fall wegen des den Rückempfang hindernden Casus auch keine Condictio sine Causa habe statt finden können, das Creditum nach dieser Vorstellung verloren gegangen wäre. Doch mir scheint natürlicher anzunehmen, die Verfasser der Institutionen wollten andeuten, daß keine Compensation statt fände, wie in dem Fall, da durch Culpa des Creditors das Pfand zu Grunde gegangen sey. Die nun folgenden diese Ansicht bestreitenden Gegengründe sind zugleich abermals eine Widerlegung der ersteren Ansicht.

Wäre die Fiducia Kauf auf Wiederkauf, so könnte von einem besondern neben dem Kauf bestehenden Darlehn nicht die Rede seyn, und offenbar ist doch bey Cicero in der angeführten Stelle ein solches in den Worten grandi foenore angedeutet. Ferner ist ein Geschäft in der beschriebenen Art bey Anwendung der in Jure Cessio zur Bestellung der Fiducia, schon der Form wegen nicht wohl denkbar [16]. Endlich könnte man vielleicht sagen, wenn die Fiducia Kauf auf Wiederkauf war, so lag eine viel zu große Härte in der Usureceptio [17]) z. B. ich hatte von Gajus tausend geliehen und ihm dadurch Sicherheit gestellt, daß ich ihm eine Sache für tausend verkauft hatte, unter dem Pactum Fiduciä, ich bekomme darauf die Sache in Besitz, und usucapire, so wird Gajus nicht bloß sein Pfand, sondern auch die Summe, die er mir geliehen hatte, verlieren, denn aus einer Mutui Datio, da keine existirte, könnte er

16) Vielleicht jedoch fand die Bestellung der Fiducia durch in Jure Cessio nur bey der Fiducia cum Amico statt. — Dadurch daß Gajus die in jure Cessio bey der Fiducia erwähnt, wird der häufig von den Alterthumsforschern mit Unrecht getadelte Isidor wieder um eine angeblich falsche Nachricht ärmer.

17) Gai. II. 59 und 60.

nicht klagen; doch hier könnte man sich wenigstens für die Kaiserzeit eine Condictio sine Causa denken, (er hatte die Sache wieder und doch auch das Geld), für die frühere Zeit, denn die Usureceptio ist gewiß älter als die Condictio sine Causa, müßte man denn annehmen, es habe ein anderes Aushülfsmittel gegeben, wovon freylich keine Spur zu finden ist.

Ich denke mir lieber die Anwendung der Fiducia, um damit Sicherheit zu stellen, einfach auf folgende Weise: das Darlehn wurde in der gewöhnlichen Art contrahirt, daneben aber ein Kauf Nummo uno geschlossen unter der Bedingung, daß nach zurückgezahltem Darlehn die gekaufte Sache zurück mancipirt oder in Jure cedirt werden solle.

Nach den beyden zuletzt vorgetragenen Ansichten aber schwindet alle Aehnlichkeit zwischen dem Pfand mit hinzugefügter Lex Commissoria und der Fiducia.

H. v. Buchholz weist aber noch auf die L. 12. pr. D. de distract. pignor. hin, um damit die Zulassung der Lex Commissoria wegen ihrer Aehnlichkeit mit der Fiducia zu begründen. Das Principium dieses Fragments lautet so:

»Rescriptum est ab Imperatore, libellos agente Papiniano, creditorem a debitore pignus emere posse: quia in dominio manet debitoris.«

Enthalten diese Worte eine Lex Commissoria, so fällt freylich den Compilatoren der Digesten hier der Vorwurf der Sorglosigkeit zur Last, ich glaube aber sie sind diesmal schuldlos, denn es ist von keinem zur Zeit der Abschließung des Geschäfts bekannten Preis die Rede; daß aber überhaupt der Creditor unter dieser Beschränkung kaufen konnte, unterliegt keinem Zweifel. L. 16. §. 9. D. de pignoribus. Der Anfragende dem in der L. 12. cit. Antwort ertheilt wird, war vermuthlich deßhalb zweifelhaft ob der Creditor vom Debitor das bestellte Pfand kaufen könne, weil er an die Fiducia dachte, bey welcher der Debitor, da der Creditor

Eigenthümer der verpfändeten Sache wurde, natürlich nicht mehr an denselben verkaufen konnte. Auf das hiervon verschiedene Verhältniß im vorliegenden Fall macht der Respondens durch die Worte quia in dominio manet debitoris aufmerksam.

Ob man schon zu Papinians Zeiten einige Fälle der Lex Commissoria zu mißbilligen angefangen habe, läßt sich nach dem §. 9. der Vatic. nicht entscheiden, denn der Einwurf, den Papinian beantwortet, hängt mit der Gültigkeit der Lex Commissoria gar nicht zusammen, der Jurist beseitigt die Einwendung, daß dieser Kauf nicht gültig wäre weil ein Certum Pretium fehle.

Zu §. 11. Dieses Responsum wird ebenfalls mit Bezugnahme auf lib. III. Respons. des Papinian mit wenigen Veränderungen in der L. 13. §. 26. D. de A. E. et V. von Ulpian angeführt. Der Anfang dieses §. lautet so: Ibidem (lib. III. Respons.) Papinianus respondisse se refert, und nun folgt das Responsum. Cujacius[17]) glaubt Papinian habe sich hier auf das 11te Buch bezogen, denn aus diesem ist uns ein ähnliches Responsum aufbehalten. Es ist aber doch nicht wahrscheinlich daß sich Papinian im 3ten Buche auf das 11te zurückbezogen hat, und der Anfang der ulpianischen Stelle heißt alsdann nichts anders als: Papinian bemert, daß er über diesen Fall auf folgende Art respondirt habe, und so erklärt sich weßhalb bey Papinian in den Vaticanen keine Beziehung auf ein anderes Responsum vorkömmt.

H. v. Buchholz hätte auch in dem Commentar auf die Veränderungen der Stelle in den Digesten von usuram centesimam in usuram legitimam und von dem Wort iuris in constitutionum aufmerksam machen sollen, gewiß sind diese erst durch die justinianischen Compilatoren hineingekommen: der Grund derselben ist, daß durch das justinianische Constitutionen Recht centesimae usurae zur Ausnahme geworden sind, statt dessen wurde also

17) oper. post. tom. IV. p. 1. ed Fabr. p. 813.

allgemein legitimae usurae gesagt und diese Veränderung zog die zweite nach sich. Ich bemerke diese kleine Unterlassungssünde deßhalb, weil es von Wichtigkeit ist, jede mögliche Vergleichung der justinianischen Rechtsbücher mit ihren Quellen zu veranstalten, um die Zuverlässigkeit und Unzuverlässigkeit des Corpus Juris zu historischen Untersuchungen noch genauer kennen zu lernen. Cujacius hat an dem oben citirten Ort gerade dadurch daß er auf den Text der Pandecten gebaut hat, wie mir scheint, unrichtige rechtsgeschichtliche Bemerkungen gemacht. Der Schluß des §. warnt gleichsam, daß man nicht aus der Lex Commissoria gegen die eben gegebene Entscheidung argumentiren solle. Der Fall der Lex Commissoria, den Papinian vor Augen hat, ist ohngefähr folgender: Ich habe jemanden einen Fundus um 1000 verkauft aber unter dem Pactum, daß, wenn er denselben am 1. Januar nicht bezahle, derselbe zurück fallen solle. Nun müssen bis zum 1. Januar die vollen tausend bezahlt seyn, sonst kann ich von dieser Lex Commissoria Gebrauch machen, wenn gleich ein Theil des Pretiums schon bezahlt seyn sollte. Der Zahlungstermin tritt ein, und nur erst ein Theil des Kaufgeldes, welches aber Centesimae Usurae übersteigt, ist entrichtet. Dennoch entsteht nicht Foenus illicitum wie in dem ersten Fall, den Papinian angiebt, und zwar wie H. v. B. sehr richtig bemerkt »quia nulla emptio est, neque ulla sors exsistit, cuius usurae computari possunt, ideoque de foenore illicito mentio fieri nequit.«

Bekanntlich ist unter unsern Juristen streitig ob immer der schon bezahlte Theil des Kaufgeldes verloren gehe, wenn ex Lege Commissoria der Kauf aufgelöst werde, oder nur alsdann wenn dies eigens verabredet sey, oder aber nur wenn der Verkäufer Früchte gezogen habe. Mit Recht haben sich die Vertheidiger der ersten Meinung auf L. 4. §. 1. D. de lege commissoria 18) berufen. Aber mich wundert daß

18) „Sed quod ait Neratius, habet rationem: ut interdum fructus

man sich nicht längst auch auf unser Fragment bezogen hat, da es ja in den Digesten vorlag. Es scheint mir entscheidend zu seyn, wenn man nicht auch hier eine besondere Verabredung willkürlich unterstellen will, was gewiß keinen Beyfall verdient.

§. 12.

V. Fr. (Papin. Lib. III. Resp.)

Ante pretium solutum dominii quaestione mota, pretium emptor restituere non cogetur, tametsi maximi fideiussores evictionis offerantur, (cum) ignorans possidere coeperit. Nam usucapio frustra complebitur anticipata lite, nec oportet evictionis securitatem praestari, cum in ipso contractus limine dominii periculum immineat.

L. 18. §. 1. D. de peric. et commodo. (Papin. Lib. III. Resp.)

Ante pretium solutum dominii quaestione mota, pretium emptor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a venditore eius evictionis offerantur.

L. 24. C. de evictionibus.

Impp. Dioclet. et Maxim. A. A. et C. C. Eutychio.

Si post perfectam venditionem ante pretium numeratum, rei venundatae mota fuerit quaestio, vel mancipia vendita proclament in libertatem, cum in ipso limine contractus immineat evictio, emptorem, si satis ei non offeratur, ad totius vel residui pretii solutionem non compelli, iuris auctoritate monstratur. Unde cum, parte pretii numerata, domus quam emisti tibi velut pignoris iure obligatae, ne ad emptionem accederes, denunciatum ab aliquo proponas, iudex tibi quae ex emptione veniunt praestari providebit S. VI. Kal. Februar. Sirmii, C. C. Conss.

(emptor) lucretur, cum pretium quod numeravit, perdidit. Igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit.«

Der Fall, der in den vorstehenden Stellen behandelt wird, ist folgender: Es ist ein Kauf abgeschlossen, ohne daß das Pretium noch bezahlt worden. Jetzt schon vindicirt ein Dritter die verkaufte Sache. Dennoch stellt der Verkäufer in diesem Augenblicke die venditi Actio an auf Bezahlung des Pretiums. Kann er diese Klage durchsetzen? So ohne weiteres kann er es nicht, darin stimmen die drey obigen Stellen überein. Also die Actio wird zurück gewiesen werden mit der doli mali Exceptio. Papinian behauptet nun nach den Vaticanen dasselbe auch dann, wenn der Verkäufer bereit ist, für den Fall der Eviction Bürgen zu stellen, so sicher sie gegeben werden können (maximi fideiussores). Nach den Digesten entscheidet derselbe anders: emptor solvere non cogetur: nisi fideiussores idonei a venditore eius offerantur. Wenn kein ideoneus fideiussor gegeben war, wurde also jene doli mali Exceptio gestattet. Eigentlich müßte man die Klage haben durchsetzen können, da der Kauf der Römischen Ansicht nach nicht auf Eigenthum ging, sondern nur auf ein tradere et praestare ut habere liceat emptori [19]). So lange also der Käufer die Sache noch hatte, war auch die venditi Actio begründet. Da mögen nun einige gesagt haben: dieser Unbilligkeit wollen wir, ohne die juristische Vorstellung über den Kauf zu zerstören, abhelfen, indem wir den Käufer für den Fall der wirklich erfolgenden Eviction wegen des Werthes sicher stellen lassen durch Bürgen, denn freylich läuft er sonst Gefahr, wenn der Verkäufer insolvent ist, auch das Pretium

19) L. 3 §. 1. L. 30. §. 1. D. de act. empt. L. 11. §. 8. eod. L. ult. D. de condict. causa data. cfr. Pauli sent. I. 13. a §. 4. u. Rhein. Mus. für Jurisprd. Bd 1. S. 83. Not. 16. Haertel de servitut. per pacta et stipulat. const. Lips. 1828. p. 58. 59 erklärt diese Stelle so, daß der Verkäufer bei der Res mancipi habe genöthigt werden können zu mancipiren, bey den Res nec mancipi zu tradiren. Wer den Anfang mitliest (»si quod emptum est neque tradatur, neque mancipetur«) und jenen Grundsatz der Röm. Juristen bedenkt, der wird dem nicht beypflichten, und sich auch dadurch nicht irre machen lassen, daß der Verfasser meint es hätte sonst »vel« statt »aut« stehen müssen.

zu verlieren. Papinian nach den Vaticanen hat dagegen die positiv juristische Ansicht für diesen Fall ganz verlassen, und die rein natürliche, wonach jeder Verkauf den Endzweck hat, Eigenthum zu übertragen [20]), aufrecht erhalten. Hier meinte er, werde dieser Zweck, ehe noch einmal der Contract beyderseits erfüllt worden, schon gefährdet, und so sey es höchst unbillig, in dieser Gefahr den Käufer, wenn auch gegen die größte Sicherheit eventueller Rückzahlung, zur Abtragung des Pretiums zu nöthigen: man hat doch lieber Geld als alle Sicherheit, wenn man Recht hat zu besorgen, man werde sein Geld um nichts und wieder nichts hingeben, und der Prozeß bald ausweisen muß, ob die Besorgniß gegründet sey: daß der Käufer pendente Lite usucapiren könne, ändere nichts, da, wenn die Vindication durchgesetzt würde, die Usucapion doch rückgängig würde. Die Worte cum ignorans possidere coeperit sind eine beiläufige Bemerkung von Papinian »versteht sich, es kann nur zur Frage gebracht werden ob die Venditi Actio durchgesetzt werden kann, wenn nicht gleich Anfangs über eine fremde Sache verhandelt worden ist.«

In den Digesten wird uns nun ein anderer Papinian vorgeführt, der jenen Mittelweg wodurch ein juristisch streng fixirter Begriff mit der natürlichen Billigkeit versöhnt werden soll, vorzieht, während der Papinian der Vaticanen ihn als unbillig und unnatürlich verwirft [21]).

Die Kaiser Diocletian und Maximian haben, so wie jetzt die Constitution lautet, ebenfalls den Mittelweg eingeschlagen. Vielleicht hatte sich diese Meinung in der Praxis festgestellt, und Papinian mit seiner natürlichen Ansicht fand keinen Eingang. Nach einer mir mündlich mitgetheilten Meinung von Hasse sind aber in der Constitution die Worte »si

20) L. 80. §. ult. D. de contr. empt. L. 11. §. 2. L. 13. §. 15. L. 35. §. 4. D. de act. empt.

21) S. Hasse im Rhein. Mus. a. a. O. Not. 17.

satis ei non offeratur« eingeschoben, und dann zum Theil in Form und den auffallendsten Worten (»in contractus limine«) und dem ganzen Sinne nach die papinianische Stelle der Verordnung der genannten Kaiser zu Grunde gelegt. Nimmt man diese Vermuthung an — und da sogar mit der ursprünglichen papinianischen Stelle, wie wir sehen werden, ebenso verfahren worden, ist sie nicht so kühn wie es aussieht — so wird für das alte Recht alles zweifelhaft, ob unsere Frage wirklich controvers war, ob Papinians Meinung obgesiegt habe oder nicht. Gewiß nur bleibt, daß Papinian so gedacht hat, wie wir entwickelt haben, und Justinian anderer Meinung war. Herr v. Buchholz glaubt Papinian habe seine Meinung geändert, und diese veränderte Meinung sey in die Digesten übergegangen. Es ist nicht wahrscheinlich daß Papinian eine so natürliche Ansicht, die er so entschieden ausgesprochen hat, sollte wieder aufgegeben haben. Zudem ist auch die Stelle in den Digesten der Form und der Buchzahl nach dieselbe wie in den Vaticanen. Herr v. Buchholz muß also annehmen Papinian habe eine revidirte Ausgabe seiner Responsa besorgt, oder sich anderswo berichtigt, und dies sei von den Digesten-Compilatoren benutzt worden. Viel wahrscheinlicher ist, daß die Verfasser der Pandecten eine Veränderung vorgenommen haben, und so wäre dies wieder ein Beweis dafür, wie willkürlich dieselben mit den frühern Rechtsquellen verfahren sind, und wie unsicher man gestellt ist, wenn man einmal in der Rechtsgeschichte über den Zustand des klassischen Rechts nur mit einer oder ein paar Digesten- oder Coderstellen Beweis führen kann, während die Behauptung sich nicht anderweitig z. B. durch das Rechtssystem jener Zeit bestätigt findet.

Nach der gegebenen Erklärung brauchen wir auch nicht mit Wenck [22]) anzunehmen, Papinian habe ein ganz singulärer Fall vorgeschwebt, worauf manches in der Stelle

22) Lpzgr. Litz. 1824. S. 1385.

hindeute, und deßhalb hätten die Redactoren der Pandecten die Regel hingestellt. Wäre dies nicht der Fall meint Wenck, so wäre Papinians Meinung eine singuläre, und doch war sie nach dem was gezeigt worden, wohl verständig genug, um auch bei Andern Beyfall zu finden, allein weder historisch noch sächlich ist mehr erwiesen, als daß sie bei Justinian und seinen Compilatoren keinen gefunden hat.

(Wird fortgesetzt.)

Ueber
das bürgerliche Recht der Juden in Deutschland nach gemeinem deutschem Rechte.

Von
dem Herrn Staats-Procurator Bessel zu Coblenz.

Ueber die Gültigkeit jüdischer Rechtsgebräuche in Deutschland in den bürgerlichen Rechtsangelegenheiten der Juden waren schon früher unter den Rechtslehrern abweichende Meinungen vorhanden. Die neuesten Bearbeiter des deutschen Privatrechts, Eichhorn und Mittermaier, gehen von ganz verschiedenen Ansichten aus. Demnach ist es von Interesse, feste Grundsätze für die Rechtspflege zu finden, was nur im Wege einer geschichtlichen Untersuchung möglich seyn wird. Eine solche Forschung wurde durch einen einzelnen Fall, in welchem das bürgerliche Recht der Juden in Frage war, veranlaßt. Sie wird hiermit dem größeren juristischen Publikum mitgetheilt. Möge sie zur eigentlichen Feststellung einer Lehre des deutschen Privatrechts, für welches noch so Manches zu thun ist, und dessen wissenschaftliche Bearbeitung eine Aufgabe unsres Zeitalters zu seyn scheint, einen Beytrag liefern! Dieser Wunsch allein veranlaßt die öffentliche Mittheilung.

Mittermaier sagt in s. Grunds. des gem. deutschen Privatrechts 1824 §. 108. »die Privatrechtsverhältnisse der Juden müssen nach den jüdischen Gesetzen, insbesondere

bey Ehe, Vormundschaft, Erbfolge, beurtheilt werden, daher auch den Rabbinern manche Landesgesetze eine eigne Gerichtsbarkeit einräumen.«

Dieser Rechtssatz ist zu allgemein und zugleich unbestimmt ausgedrückt, auch fehlt es an einer wissenschaftlichen Begründung desselben, die vielleicht nicht in dem Plane des Schriftstellers liegen mochte.

Eichhorn sagt im deutschen Privatrechte §. 82 (vgl. Rechtsgeschichte §. 350): die jüdischen Rechtsgebräuche sind ausgeschlossen, überall wo der ordentliche Richter angegangen wird, (was von der Willkühr jeder Partey abhängig seyn soll), wenn nicht etwa autonomische Dispositionen, wie bey den jüdischen Ehepakten, die Anwendung ausnahmsweise begründen, oder das gemeine bürgerliche Recht selbst einzelne Verhältnisse nach den Grundsätzen jeder Religionsparteу beurtheilt, wie z. B. die Form der Ehe. In den Gränzen der Autonomie gestattet der Verfasser den Rabbinern nach dem Abkommen der Parteyen Entscheidung nach jüdischem Rechte, schließt diese aber von der wahren Gerichtsbarkeit aus, sofern nicht besondre Gesetze Ausnahmen begründen, z. B. von Ehescheidungen, der Bestellung von Vormündern, Errichtung von Inventarien u. s. w. Die Streitigkeiten zwischen Christen und Juden sollen immer nach gemeinem bürgerlichem Rechte entschieden werden.

Eichhorn stützt seine Ansicht, nach welcher das materielle Recht von der Jurisdiction durchaus abhängig ist, und die jüdischen Gebräuche vom ordentlichen Richter mit Vorbehalt der beiden von ihm erwähnten Ausnahmen niemals berücksichtigt werden dürfen, — eine Ansicht, welche ihm in dieser Ausdehnung eigenthümlich ist, — insbesondre auf die C. 8 u. 15. Cod. de Judaeis. Unter den älteren Juristen nahmen mehrere auf diese beiden Gesetze ebenfalls Bezug und folgerten aus der Const. 8., daß die Juden in Deutschland dem gemeinen bürgerlichen Rechte unterworfen

seyen. Von dieser Regel machen sie Ausnahmen, die eines leitenden Grundsatzes zu entbehren scheinen. So giebt z. B. Glück in seinem Commentare Bd. I. §. 23 an, die Anwendung des jüdischen Ehe- und Erbschaftsrechtes beruhe allein auf dem Zusemmenhange mit der den Juden gestatteten Glaubens- und Gewissensfreiheit, darauf, daß die Juden sich zur Beobachtung dieser Vorschriften in ihrem Gewissen heilig verbunden hielten. — Es ist zunächst also die Aufgabe zu untersuchen, in wie fern die C. 8. und 15. jene Theorie rechtfertigen.

Die Const. 8 Cod. de Judaeis lautet wie folgt:

Impp. Arcad. et Honor. A. A. Eutychiano.

Judaei *communi Romano jure viventes*, in his causis, quae tam *ad superstitionem eorum*, quam ad forum et *leges ac jura* pertinent, adeant solenni more judicia, *omnesque Romanis legibus conferant et excipiant actiones.* Si qui vero ex his *communi pactione* ad similitudinem arbitrorum apud Judaeos *in civili dumtaxat negotio* putaverint litigandum, sortiri eorum judicium jure publico non vetentur. Eorum etiam sententias judices exequantur, tamquam ex sententia cognitoris arbitri dati fuerint. Dat. 6. Non. Febr. (398.)

Const. 15. Impp. Honor. et Theodos. A. A.
Aureliano, P. P.

Si qua inter Christianos et Judaeos sit contentio, non *a senioribus Judaeorum*, sed ab *ordinario* judice dirimatur. Dat. 13. kal. Novembr. (418.)

Die const. 8. scheint zuerst nicht den Satz auszusprechen, daß alle Juden nach gemeinem römischem Rechte leben oder leben sollen, wie man geglaubt hat, sondern sich nur auf diejenigen Juden zu beziehen, welche nach römischem Rechte lebten, so daß dieser Constitution ungeachtet, gar wohl im römischen Reiche Juden vorhanden seyn konnten, welche nicht nach gemeinem römischem Rechte lebten. Daß solche wirklich vorhanden gewesen sind, wird sich aus

dem Folgenden ergeben. — Aber auch in Rücksicht auf die Juden, welche im römischen Reiche nach gemeinem römischem Rechte lebten, hat die const. 8. die eigenthümlichen besonderen Gebräuche und Gesetze nicht abgeschafft, vielmehr nur die Jurisdiction der Rabbiner, welche zu weit ausgedehnt werden mochte, nach staatsrechtlichen Rücksichten regulirt und bestimmt, daß die Competenz des ordentlichen Richters nach römischem Rechte sich richten und daß nach römischem formellem Rechte vor dem ordentlichen Richter verfahren werden solle.

Es ist aus geschichtlichen Nachrichten bekannt, daß die Juden im römischen Reiche weit verbreitet waren, und zuerst von Julius Cäsar, dann von den Kaisern, insbesondre vom Kaiser Claudius große Privilegien erhielten (vgl. Gieselers Kirchengesch. Bd. I. §. 16) Es ist ferner gewiß, daß sie in Palästina, mit Ausnahme einzelner römischer Colonien (cf. Cod. Just. XI. 50.) noch lange nach der Eroberung wohnten, und in diesem Lande unter römischer Oberhoheit eine eigne Verfassung behielten. —

Damals standen die Juden in Palästina unter Patriarchen, welche nicht lange nach der Zerstörung von Jerusalem eingesetzt waren, und Civil-Jurisdiction nebst polizeylicher Aufsicht gehabt zu haben scheinen. Wunderlich. addit. ad Brisson. de verb. significat. *v.* Patriarcha. const. 5. 9. 17. Cod. de Judaeis. Diese Patriarchen kommen noch im Jahre 315 vor, es ist aber anzunehmen, daß sie selbst noch zu Anfange des 5ten Jahrhunderts bestanden haben, weil const. 17. Cod. de Judaeis (429.) auf eine unter ihrer Verwaltung üblich gewesene fiscalische Einrichtung Bezug nimmt, was doch nur geschehen konnte, wenn jenes Institut noch in der Erinnerung der Mitlebenden war.

In die Stelle dieser Patriarchen scheinen die Vorsteher der Synoden getreten zu seyn, von welcher die const. 17. l. c. spricht: »Judaeorum *primates*, qui in utriusque Palaestinae synedriis *dominantur*, *vel in aliis provinciis degunt.*«

Synedrios, sagt Brisson. de verb. signif. aus Selden. de synedr. Hebraeor. *tribunalia* veterum Hebraeorum et quae fuere ipsis praefecturae *juridicae*, causis rebusque tam *publicis quam privatis*, tam sacris, quam profanis, id est omnimodis discutiendis definiendisque praestitutae. — Diese Erklärung wird durch das Wort *dominantur* unterstützt, welches ein imperium anzudeuten scheint.

Diese Verfassung mag erst im Jahre 439 const. 19. l. c. eine Abänderung gefunden haben, als die Juden zur Bekleidung aller öffentlichen Aemter für unfähig erklärt wurden. In Nov. 103. kommt unter Justinian ein Proconsul von Palästina vor, der zu Cäsarea über die jüdischen Rechtssachen urtheilte. —

Die Patriarchen standen früher unter dem comes Orientis, zu dessen Bezirke Palästina gehörte. const. 7. l. c. Brisson. l. c. vrb. Comes.

Die Aufrechthaltung der jüdischen Gebräuche fand übrigens in den staatsrechtlichen Ansichten der Römer keinen Widerspruch, da bey ihnen jeder nach dem Rechte seines Volkes beurtheilt wurde, nur allmählig das römische Recht auf die Provinzen überging und überdem in der Eigenthümlichkeit des jüdischen Volkes, welches zu Empörungen geneigt war, in der festen Verbindung zwischen Religion und Verfassung, die früher statt gefunden hatte, triftige Gründe liegen mochten, um die besonderen Volksrechte nicht auf einmal zu zerstören, und selbst alsdann noch zu dulden, als das römische Recht, insbesondre seit dem dritten Jahrhundert, schon allgemein geworden seyn mochte. Vgl. v. Savigny Rechtsgesch. I. 49.

Als die jüdische besondre Verfassung aufhörte, mag von den römischen Obrigkeiten vorzugsweise auf das römische Recht in Palästina Rücksicht genommen worden seyn: es ist auch nicht unwahrscheinlich, daß das jüdische Recht, welches sich in jüdischen Sammlungen erhalten hat, nicht ganz frei

von dem Einflusse römischer Rechtsnormen geblieben ist; nichts hindert indessen anzunehmen, daß auch die römischen Obrigkeiten in gewissen Fällen bürgerlicher Art, z. B. bey rein persönlichen Rechten der Juden oder Familienrechten, die auf das Sachenrecht unmittelbaren Einfluß ausübten, auf die jüdischen Gebräuche Rücksicht genommen haben: zuverlässig hat die schiedsrichterliche Jurisdiction der Rabbiner damals bestanden, wahrscheinlich selbst an Umfang gewonnen, weil die Juden aus Anhänglichkeit an ihre Verfassung dem fremden Richter sich zu entziehen suchten. — Zur Zeit der Eroberung von Palästina durch die Araber im siebenten Jahrhundert hatte sich dort ohne Zweifel noch viel jüdisches Recht in Uebung erhalten. —

Was dagegen die Juden außerhalb Palästina betrifft, so scheint so viel außer Zweifel zu seyn, daß im vierten Jahrhundert das römische Recht als gemeines Recht auf sie Anwendung gefunden hat, denn const. 8. l. c. setzt voraus, daß es Juden giebt, welche nach gemeinem römischem Rechte leben. Der Umfang dieses Rechtsgebiets und die eigentliche Lage der Rechtsverhältnisse lassen sich dagegen nicht bestimmen. Die const. 8. nimmt in dem materiellen Rechte keine Veränderung vor. Daß sie nur die richterliche Competenz, die Ausdehnung der schiedsrichterlichen Gewalt der Rabbiner, die Formen des Verfahrens vor dem ordentlichen römischen Richter, nicht das materielle Recht betrifft, erhellet aus Folgendem:

1. Die staatsrechtliche Rücksicht auf Beschränkung der vielleicht zu weit ausgedehnten Gewalt der Rabbiner wird durch die Worte »sortiri (Judaeorum) judicium *jure publico* non vetentur« ausgedrückt.

2. Die Worte »omnesque Romanis legibus conferant et excipiant actiones« beziehen sich bloß auf die Form der Klage und Antwort auf die Klage. Conferre bezeichnet die Einrichtung der Klage, deren schriftliche Edi-

tion damals schon vorgeschrieben war. Briss. l. c. vrb. conferre.

3. Diese formellen Grundsätze sollten Anwendung finden in his causis, quae tam *ad superstitionem eorum*, quam ad forum et leges et jura pertinent, also selbst in Religionssachen, auf welche doch, selbst nach späteren Bestimmungen, unzweifelhaft nur jüdische Gesetze in materieller Hinsicht Anwendung fanden. Dieses beweiset, daß die const. auf das materielle Recht sich gar nicht bezieht, und die Worte iura et leges können recht wohl auf die älteren besonderen, stets gebilligten Gebräuche und Gesetze der Juden bezogen werden, in welchem Falle sie selbst eine Bestätigung derselben außerhalb Palästina enthalten.

Die const. 15. an den Praef. praet. entzieht den jüdischen Aeltesten allgemein die Cognition über Streitigkeiten zwischen Christen und Juden. Daraus folgt genau genommen noch nicht viel für das materielle Recht, insbesondre in den Fällen, wo Glaubenssätze, Privilegien, rein persönliche jüdische Rechte oder Familienrechte der Juden zwischen Juden und Christen in Frage kamen, obgleich der Vorzug des gemeinen bürgerlichen Rechts in vielen andern Fällen nicht zweifelhaft seyn mag. — Die const. 15. scheint übrigens auch die Folgerung zuzulassen, daß die jüdischen Aeltesten irgendwo neben dem ordentlichen christlichen Richter eine regelmäßige Jurisdiction gehabt haben, was wohl nur in Palästina der Fall seyn mochte; denn sonst würde es einer besonderen Verordnung nicht bedurft haben. Die Absicht nämlich, die Juden von einer auf dem Abkommen unter den Parteyen beruhenden schiedsrichterlichen Entscheidung auszuschließen, scheint der const. 15. nicht untergelegt werden zu können, da die Juden damals (418.) noch fähig zu bürgerlichen Aemtern und Vormundschaften waren. fr. 15. D. de excus. tutor. fr. 3. §. 3. de decurion. const. 5. 10. 19. Cod. de Jud. Die Worte *a senioribus Judaeorum* scheinen das Daseyn einer

solchen regulären Jurisdiction der Aeltesten in Palästina zu bestätigen.

Die Ansicht Eichhorns und anderer Schriftsteller besonders aus der neueren Zeit, z. B. Böhmer. Consult. et decis. II. 131. Hommel rhaps. Obs. 556., bey welchen das Streben eine feste Regel im römischen Rechte zu finden, ohne vollständige Uebersicht des geschichtlichen Zusammenhanges zu haben, sichtbar ist, findet demnach in const. 8. nur in so weit Bestätigung, als es danach gewiß ist, daß im römischen Reiche Juden lebten, bey welchen das römische Recht in materieller Hinsicht das gemeine Recht bildete. —

Wie nun die Rechtsverhältnisse der Juden im römischen Reiche außerhalb Palästina, insbesondre in Deutschland waren, darüber fehlt es an genaueren Nachrichten; gleichwohl scheint die const. 7. Cod. de Jud., die nach ihrer Fassung alle Juden betraf, darauf hinzudeuten, daß die rein persönlichen Rechte, wenigstens bey der Ehe, nach jüdischen Gebräuchen beurtheilt worden sind. Sie enthält nämlich für gewisse Fälle (cf. Gloss. ad h. l.) die Bestimmung, daß das jüdische Eherecht in Beziehung darauf nicht zur Anwendung kommen soll, in folgenden Worten:

Impp. Theod. Arcad. et Honor. A. A. A.

Infantio Comiti Orientis.

Nemo Judaeorum *morem suum* in conjunctionibus retineat. etc. Dat. 3. Kal. Jan. (393).

Die Forschung muß demnach übergehen zu den Rechtsquellen der späteren Zeit, in welcher die Zahl der Juden in Europa, namentlich seit den zahlreichen Auswanderungen bey den Eroberungen der Araber im siebenten Jahrhundert, sich sehr vermehrte.

Damals galt in Deutschland, so wie in den von den germanischen Völkern in Besitz genommenen Ländern das System der persönlichen Rechte. Vgl. v. Savigny l. c. I. 90. In den Ansichten der Zeit lag also durchaus nichts, was mit der Gültigkeit jüdischer Rechtsgebräuche im Widerspruche

gewesen wäre, soweit diese anders nicht christliche Sittengesetze oder allgemeine Staatszwecke verletzten oder auf die Verhältnisse der Christen unmittelbar einwirken sollten. Wir finden auch, daß die s. g. leges barbarorum und die Capitularien, mit Ausnahme der lex Visigoth., welche die Ausrottung des jüdischen Glaubens beabsichtigt zu haben scheint, sich mit den Juden nur in diesen Beziehungen beschäftigen. In jener Zeit scheinen demnach die jüdischen Rechtsgebräuche, welche unter den Juden durch die schiedsrichterlichen Entscheidungen der Rabbiner immer noch in Uebung geblieben sein mußten, wieder hervorgedrungen zu seyn, und sich bei den germanischen Völkern, welche Juden duldeten, wieder völlig befestigt zu haben.

Dafür sprechen folgende Nachrichten:

Codex Utinensis (lex Romana). Canciani IV. 471. bey Hüllmann, Städtewesen des Mittelalters II. 90. Judei, qui *apud Romanos* conversant inhabitandum, *suam legem inter se ipsos custodiant*; nam omnia (omnes) alteras causas, quae (s) apud Christianos habuerint, judices Christianorum inter eos judicent.

Const. Theodorici regis de serv. jud. privil. bey Pfeffinger ad Vitriar. III. 1299. Circa Judaeos privilegia legibus delata serventur, *quos, inter se jurgantes et suis viventes legibus*, eos judices habere necesse est, quos habent observantiae praeceptores.

Conrad IV. 1234. bey Goldast. const. imp. II. 85. bestätigte, wie schon vorher Heinrich IV. 1097. nach der ersten Judenverfolgung zur Zeit der Kreuzzüge die jüdischen Einrichtungen und Gebräuche, zunächst so weit sie sich auf Glaubenssachen beziehen mochten »*bonos usus et approbatas consuetudines* (Judaeorum), quibus temporibus divorum Augustorum praedecessorum nostrorum *usi sunt hactenus* confirmamus.

Im Jahre 1312. wurde ein Streit zwischen dem Bischofe und Capitel mit den Juden zu Worms von Schiedsrichtern dahin geschlichtet: »daß der Juden-Rathlute mit dem Judenbischof allerwegs 12 sollen sin und nicht mer: und die 12

sullen unter ihnen nach jüdischen Rechten richten, als es von Alters Herkommen ist.« cf. Pfeffinger l. c. S. 1278.

Auf die Rechte von Worms, Mainz, Cöln, welche Judenbischöfe hatten (Hüllmann l. c.) wird in den Formularen zu den jüdischen Heirathsacten in ganz Deutschland Bezug genommen. cf. Mendelsohn Ritualgesetze der Juden. Berlin 1797.

Carl IV. erließ 1366. an den Schultheißen zu Frankfurt a. M. den Befehl: »Wan wir han vernommen, daß die Juden zu Frankfurt, unsre Kammerknechte, ohn Wille, Wissen oder Wort unser und des Reichs Mächte Gesetz unter ihnen machen und Gerichte unter ihnen halten und wann wir das nicht gestatten wollen, darum gebieten wir Dir ernstlich, — daß — sie keine Mächte haben, Gesetz machen noch Gericht halten lässest, es sey denn, daß es Dich zeitlich und nützlich dünke. cf. Wehner obss. pract. v. Regieren.

Im Jahre 1417 wurden die redliche Gnaden, Privilegia, Handfeste, Briefe, Rechte und gute Gewohnheiten der Judenschaft zu Cöln bestätigt. Pfeffinger l. c.

Im Jahr 1544. ertheilte der Churfürst Johann zu Trier den Juden ein Privilegium (Hontheim hist. trevir. II. 762.) »daß sie einen besonderen oder einen eigenen Rabin und Obersten unter ihnen kiesen, machen und ufwerfen, vur welchen sie nur ihre jüdische Sache und Handel, die mit Melestig oder Hochgericht, sunder nur allein Sachen und Forderungen halb, die in einer in civil und bürgerlichen Sachen an den andern fürwenden thut, einander vur denselbigen Rabin fürnehmen und klagen mögen, auch jeglicher den andern vur gedachten Rabin folgen und gebürliche Red und Antwort geben solle, wie solches an andern Orten, da Juden sitzen, die ihren besundern Rabin haben, mit ihnen nach jüdischer Ordnung gehalten, geübet und gebrauchet wird.

Bis zur Ausbildung der Territorialität war es üblich, daß die Kaiser den Juden in Deutschland ihre Rechte in ihrer ganzen Ausdehnung durch allgemeine Privilegien bestätigten. cf. Limnaei jus publ. IV. ad lib. 3. Cap. 2. §. 50.

Aehnlicher Schutz jüdischer Rechte hat auch in andern Ländern statt gefunden. cf. Du Cange glossarium v. Judaeus wie z. E. in Frankreich Judaei judices suos peculiares habebant suasque curias, in quibus eorum dirimebantur controversiae, in England 1224, wo der König beschloß ut unus ad minus Justitiarius Judaeorum deputaretur, in Italien cf. Pfeffinger l. c. III. S. 1293.

Die Behauptung, daß die jüdischen Gebräuche in Deutschland sich erhalten haben, findet seit der Uebertragung der kaiserlichen Rechte auf die Juden an Andere, insbesondere seit der Ausbildung der Territorialität Bestätigung in den zahlreichen Landesgesetzen, durch welche die jüdischen Rechte in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten ausdrücklich anerkannt worden sind, deren Uebereinstimmung in diesem wesentlichen Inhalte nur aus einem älteren allgemeinen Herkommen erklärt werden kann.

Im Mittelalter hatte die Meinung sich gebildet, daß die Juden als Feinde des christlichen Glaubens Sclaven der Kaiser, der Schirmherrn der christlichen Kirche, wären und als solche verpflichtet deren Recht, sie zu vertilgen, auf alle Weise zu sühnen. Die Geschichte enthält viele Beispiele der willkührlichsten Dispositionen der Kaiser. Man betrachtete die Juden als Sclaven, Knechte der kaiserlichen Kammer, der unbedingten Verfügung der Kaiser heimgegeben. — Diese kaiserlichen Rechte wurden nun schon vor der goldnen Bulle nicht selten übertragen; durch diese gelangten sie an die Churfürsten; durch die Reichspolizeyordnung von 1577. Tit. 20. an alle, welche Regalien oder die Territorialität hatten.

Die Rechte der Juden, die nun von der Duldung vieler einzelner Regierungen unbedingt abhängig waren, mußten nothwendig

nunmehr äußerst verschieden bestimmt werden. Dieses ist denn auch wirklich geschehen. Doch nehmen die einzelnen Veränderungen wohl überall mehr oder weniger auf die eigenthümlichen jüdischen Rechte Rücksicht. Viele Beyspiele aus den einzelnen Territorien könnten zur Bestätigung dieses Satzes dienen. Einige mögen genügen. Das brandenb. General-Juden-Privilegium vom 17. April 1750. (Mylius corp. const. march.) bestimmt, daß die jüdischen Gebräuche zur Anwendung kommen sollen in Ehe- und Vormundschaftssachen, bey der Erbfolge ab intestato und ex testamento, und regulirt die Jurisdiction der Rabbiner. Die trierische Judenschafsordnung vom 1. Januar 1719. Cap. 7. §. 1.: »Die Rabbiner mögen alle Missel und Streitigkeiten, welche zwischen den vergleiteten Juden vorfallen, und ihrer Art nach zu deren Erkenntniß gehören, vermöge jüdischen Gesetzen und Ordnung entscheiden.« Die Jülich Bergische Geleits-Commission vom 21. Juny 1779. (Scotti II. N. 2150.) verfügt, daß die Streitigkeiten zwischen Juden, ausschließlich der Criminalsachen, es seyen Heiraths- oder das jüdische Ceremoniell betreffende Vorfälle, vor dem Rabbiner entschieden und die Berufung auf den Ausspruch eines andern Rabbiners gestattet werden solle.

Für diese Aufrechthaltung jüdischer Gebräuche spricht selbst deren Entwickelung, die ohne eine fortdauernde Billigung der Staatsgewalten in der Art nicht statt gefunden haben könnte. Im zweiten Jahrhundert wurde die Mischnah aus Traditionen und Sprüchen der Weisen gebildet, im dritten Jahrhundert die Gemarah von Jerusalem und von Babylon, vereinigt mit der Mischnah unter dem Namen Talmud. Im 12. und 16. Jahrhundert kamen Bearbeitungen dieser Sammlungen, die das ganze bürgerliche Recht umfassen, vor, von denen die letzte unter dem Namen Schulchan Aruch noch jetzt gebräuchlich ist.

Einleitung zu Mendelssohns Ritualgesetze S. 16.

Thiel juris prud. judaica §. 25.

Dafür spricht auch das Zeugniß besonders der älteren Rechtslehrer und die von ihnen bekundete Praxis.

Pfeffinger sagt in Vitriar. illustr. §. 87. l. c. *vivunt secundum* legem Mosaicam, adeo ut et divortia facere possint, et in successionibus ex testamento et ab intestato, ut et contractibus inter se, illam tanquam normam sequentur. Damit stimmt überein Speidel sylloge quaest. jurid. v. Judaeus. Beck de jurib. Jud. cap. IV. §. 4. Thiel jurisprud. Jud. §. 30. Bestätigung ergiebt sich, wenn gleich mit geringerer Bestimmtheit aus Wehner obss. pract. v. Judaeus, Cramer obss. jur. univ. III. S. 51. Struben Bedenken III. 80. macht darauf aufmerksam, daß die Verhältnisse der Juden in Deutschland aus deutscher Observanz, und nicht aus dem römischen Rechte, erklärt werden müssen.

Die Ansichten des canonischen Rechtes sind der Gültigkeit jüdischer Rechtsgebräuche durchaus nicht entgegen. Tit. decretal. de Jud. cap. 8. X. de divort. cap. 4. X. de consang. et affin.

Es ist demnach nun noch übrig die Gränzen zu bestimmen, in welchen die jüdischen Gebräuche in bürgerlichen Rechtssachen der Juden gemeinrechtlich befolgt werden dürfen. Diese Aufgabe wird ihre Auflösung zunächst in den schon erwähnten Resultaten der deutschen Praxis finden, und zwar insbesondere in jenen, welche nicht aus einer irrigen Auslegung der const. 8. Cod. de Jud. hervorgegangen sind. Die Aufstellung allgemeiner Grundsätze ist nicht ohne innere Schwierigkeiten; insbesondere läßt sich der Einfluß der Territorialgesetzgebungen, selbst alsdann, wenn sie die Verhältnisse der Juden nicht zum Gegenstande haben, nicht verkennen. Negativ scheint angenommen werden zu können:

1. daß die jüdischen Gesetze und Gebräuche überall ohne Berücksichtigung bleiben müssen, wo sie mit christlichen Sittengesetzen oder prohibitiven Vorschriften zusammentreffen, z. E. mit dem Verbote der Polygamie, const. 7. Cod. de Jud., der Ehe zwischen Juden und Christen, c. 6. ib., öffentlicher Aemter, welche

sich auf Verhältnisse der Christen beziehen, c. 19. ib., folglich auch der Vormundschaft über Christen, welche vom Richter angeordnet oder bestätigt wird. Mit diesen Gegenständen beschäftigen sich auch die leges barbar. und die Capitularien, und die Anwendung der Bestimmungen des Codex, welchen deutsche Staatsverfassung und Rechtsgewohnheit hier nicht entgegensteht, ist demnach außer Zweifel. Ferner sind jüdische Gebräuche ausgeschlossen

2. wo von allgemeinen, den gesammten Staatsverband interessirenden Vorschriften die Rede ist, z. E. bey Wechselsachen, oder wegen technischer Rücksichten besondere Vorschriften gegeben sind; sodann

3. wo die Verhältnisse mit Christen nach der Natur des Instituts zur Sprache kommen können, z. E. bey Privathypotheken, Edictalladungen u. s. w. dann

4. in Absicht der Jurisdiction der Rabbiner, überall wo eine eigentliche richterliche Gewalt erfordert wird, und diese im Territorio nicht ausdrücklich oder stillschweigend durch Billigung älterer Einrichtungen verliehen worden ist, z. E. bey Anordnung von Vormundschaften, Aufnahme öffentlicher Urkunden, Errichtung öffentlicher Hypotheken, gerichtlicher Auflassung bey Immobilien, so weit die Juden, die persönlich geduldet sind, dergleichen gegen das Reichsherkommen überhaupt besitzen dürfen, gezwungene Vollstreckung von Urtheilen u. s. w. — Die Ehescheidungen scheint die ältere Praxis den Rabbinern wegen des Zusammenhanges mit Glaubenssachen gestattet zu haben: man betrachtete die Ehen der Juden als bürgerliche Verträge. Böhmer jus eccles. prot. lib. V. tit. 6. §. 43.

Positiv wird dagegen die Anwendung jüdischer Gebräuche im Allgemeinen erfolgen können:

1. wo die bürgerlichen Rechtsverhältnisse mit Religionsgrundsätzen in Beziehung stehen, z. E. bey den Judeneiden, der Sabbathsfeyer u. s. w.

2. bey rein persönlichen Rechtsverhältnissen der Juden, z. E. Beurkundung von Geburts- und Sterbefällen, bey der Form der Ehe, den gegenseitigen Rechten der Ehegatten, den Wirkungen der Ehe, dem Termine der Großjährigkeit u. s. w.

3. bey Familienrechten der Juden, welche unmittelbaren Einfluß auf das Sachenrecht haben, z. E. bey dem Vermögensverhältnisse unter Ehegatten, der Intestaterbfolge und der Testamentserbfolge, als Ausnahmen davon; und zwar in allen diesen Fällen ohne irgend eine Rücksicht darauf, ob die Sachen vor den Rabbinern verhandelt worden oder nicht, da der christliche Richter die jüdischen Gebräuche als persönliche Rechte zu beachten durch das Herkommen verbunden ist;

4. bey Verträgen der Juden unter sich, welche herkömmlich zur Cognition der Rabbiner gehören, mit Ausschluß der Immobiliarklagen, die immer vom ordentlichen Richter zu beurtheilen sind, und zwar in soweit diese Cognition eintritt und nicht eine eigentliche richterliche Gewalt erfordert wird, die nach den Einrichtungen des Territorii den Rabbinern entzogen worden ist. Der christliche Richter ist in Fällen dieser Art, wenn sie an ihn in erster Instanz gelangen, an die jüdischen Gebräuche nicht gebunden.

Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze muß nach der Eigenthümlichkeit der Fälle, der Geschichte und Verfassung der Territorien der Praxis überlassen bleiben.

Ueber eine romanistische Parteischrift aus dem 8ten Jahrhundert.

Vom
Herrn Professor K. Witte in Breslau.

Herr Pietro Capei, Advocat in Florenz, und seit Jahren durch seine Bemühungen deutsche Rechtsforschungen in Italien zu verbreiten, um unsre Wissenschaft verdient, hat in Nr. 91. 97. u. 101. der sehr löblichen Florentiner Zeitschrift *L'Antologia* ausführliche Excerpte aus den drey ersten Bänden von Savigny's Geschichte des röm. R. im M. A. gegeben. In dem 3ten dieser Artikel (Januar 1829. S. 47—49.) giebt er nach meinen Mittheilungen anhangsweise einen neuen sehr berichtigten Abdruck der merkwürdigen Urkunde vom Jahre 752, die Muratori zuerst (Antiq. it. Mediol. 1740. T. III. p. 888. sq.) sehr fehlerhaft mitgetheilt, und nach ihm dann Savigny (II. 212.) als ein wichtiges Dokument fortdauernder praktischer Gültigkeit des römischen Rechtes angeführt hat. Meine Absicht war nun in der That nur, durch Uebersendung der im Sept. 1819 in Arezzo von mir genommenen Copie, und einiger flüchtig hinzugefügter Bemerkungen, meinen gelehrten Freund auf das Interesse einer Berichtigung des alten Abdrucks aufmerksam zu machen, und das Genauere ihm selbst zu überlassen. Seine freundliche Gesinnung gegen mich hat ihn indeß, wie es scheint, bewogen mein Blatt ohne Weiteres abzudrucken; und da einerseits jene Bemerkungen dort in einer allzurohen Gestalt erscheinen, um sich öffentlich blicken zu lassen, und andererseits der Gegenstand einer genauern Erwähnung in Deutschland gewiß würdig ist, theile ich hier Folgendes mit.

Der Bischof Ansfredus von Siena hatte, wie bei Muratori [1]) eines Weiteren nachzulesen ist, den Aretinern im 8. Jahrhundert die Leiche des heil. Ansanus rauben lassen. Es entstand über diese gottlose Frömmigkeit (die eine berühmte Frau der neuesten Zeit nachgeahmt haben soll) ein Rechtsstreit, indem auf beiden Seiten mehrere Parteischriften verfaßt wurden. Die Originale sind uns verloren gegangen; noch wird aber im Dom-Archiv eine lange Rolle von Urkunden aufbewahrt, die ein Gerardus, primicerius S. Donati, im 11. Jahrhundert, seiner Aussage nach, ex veteribus tomis abgeschrieben hat. Zu Anfang dieser Rolle ist nun ein bedeutend älteres (also vielleicht gleichzeitiges) Fragment angeheftet, das eben den zu Gunsten des Aretiner Bischofes Stabilis abgefaßten Aufsatz enthält, von dem hier gehandelt werden soll. Um es paläographisch etwas genauer zu bestimmen, bemerke ich nur noch, daß es in schöner lombardisirender Minuskel geschrieben ist, in der die Buchstaben b, d, h, l und t über, g, p, q unter, und s zugleich über und unter die Zeile hinausragt. Von Abtheilungszeichen kommt nur der Punkt vor; an Abkürzungen habe ich bemerkt: ꝑ, p̄, ṗ, ꝗ, ꝯ, m⁹, c̄, qd̄, & und ⁊.

Ich theile nun zuerst den Text der Urkunde mit, und gebe dabei die Fehler des Muratorischen Abdruckes an.

...Sacrilegio proximum esse [2]), nedum Sanctorum, verum etiam quorumlibet hominum sepulcrorum violationem, nemini Juris perito venit in dubitum (sic, l. *dubium*) [3]) potestatemque [4]) ejus [5]) loci, si hoc vindicare neglexerint (sic, l. *neglexerit*) infamia laborare. Ut in *Codicis libro nono, Titulo de Sepulcro violato:* [a]) »Si quis sepulcrum laesurus attigerit, locorum judices, si hoc vindicare neglexerint, non mi-

1) a. a. O. VI. 387. sq.
2) Muratori *est.*
3) M. *non est indubitatum.*
4) *potestatesque.*
5) Fehlt bei M.
a) L. 3.

nus nota infamiae [6]) quam XX librarum auri in sepulcrorum violatores statuta poena damnari.«

Praeterea locus ipse, quo res sepulcri [7]) reponitur, publicatur [8]). Ut in *eodem titulo* [b]): »Et si forte detractum aliquid de sepulcro ad domum ejus villamque vectum [9]) reperietur [10]), villa sive domus aut aedificium, quodcumque erit [11]), fisci juribus vendicetur.«

Ergo Senensis Episcopus non potest petere jura Ecclesiae non suae, praesertim quum neglexisset dare vindictam, et ob hoc infamia laborare (l. *laboraret*), quum etiam in eo, quod ratum habuit, mandasse intelligatur. Ut in *Digestis* [c]): »Ratihabitio mandato comparatur.« Item: [12]) [d]) »Ratihabitionem etiam in maleficiis locum habere.«

Valet [13]) ergo idem, jubere malifecium, et ratum habere postquam factum est. Satis autem habet ratum, qui in Ecclesia, cui praeest, sacrilegio rem ablatam tenet. Item in *VIII. libro Codicis* [e]) legitur: »Siquis in tantam [14]) furoris pervenit [15]) audaciam [16]), ut possessionem rerum apud fiscum, vel apud quoslibet homines costitutarum [17]) ante eventum judicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus, possessionem, quam abstulit, restituat possessori et dominium ejusdem rei amittat; sin vero alienarum rerum pos-

6) *neglexerint poenae nomine .... quam.*
7) *in quo sepulcrum.*
8) *publicetur.*
b) L. 3. in med.
9) *asportasse.*
10) *reperiretur.*
11) *esto.*
c) L. 12. §. 4. De Solutt.
12) *cum.*
d) L. 1. §. 14. De Vi. oder L. 152. §. 2. De R. J.
13) *habere valet:« Ergo.*
e) L. 7. C. Unde vi.
14) *tanta.*
15) *pervenerit*, wie unser Text aus Justinian, und der Theod. Codex.
16) *audacia.*
17) *constitutarum.*

sessionem invasit, non solum eam [18]) possidentibus reddat, verum etiam extimationem (l. *aestimationem*) earundem rerum restituere compellatur.«

Quod autem haec quaestio procedere debeat, *nonus Codicis liber* testatur, *Titulo Ad Legem Juliam de vi publica et privata* [f]): »Siquis ad se fundum, vel [19]) quodlibet alium (sic. l. *aliud*) asserit pertinere ac restitutionem sibi competere possessionis putet« [20]). Inter caetera: »Quod si, omissa appellatione, vim possidenti intulerit, ante omnia violentiae [21]) causam examinari praecipimus.«

Liber quoque Digestorum concordat, ut prius de criminali disceptetur [g]).

Quod [22]) autem inscriptum habetur [23]), datam fuisse sententiam, ut sacramentis [24]) pars ista [25]) se tueretur, et per Senenses remansisse, habetur in *quarto libro Codicis, Titulo De Rebus creditis* [h]), generaliter de omnibus juramentis intercedere [26]): »Si judex appellationi [27]) praesidens bene quidem [28]) illatum jusjurandum, non recte autem [29]) recusatum pronuntiaverit, res, secundum quod judicatum [30]) est, permanebit.«

Ich füge nun noch einige, großentheils kritische Bemerkungen hinzu: Die ersten drei Worte scheinen eine Anspielung auf L. 5. C. De Sep. viol. zu enthalten.

18) *ea.*
f) L. 7.
19) *et.*
20) *putat* wie d. T. des C. Just.
21) *calumniae.*
g) L. 37. De Judic.
22) *Quando.*
23) *habet.*
24) *sacramenti.*
25) *ita.*
h) L. 12. §. 2.
26) *inter cetera.*
27) *appellationis.*
28) *eidem.*
29) *a parte ante.*
30) *judicata.*

Der potestas ejus loci ist in einer so frühen Zeit auffallend. Vgl. Hüllmann Städtewesen II. 338. 39. III. 250.

In L. 3. C. De Sepulcro viol. beglaubigt zunächst unser Fragment das laesurus des Theodosianischen Coder und der Göttinger H. S. gegen das violaturus der Ausgaben. Ferner bietet dasselbe, freilich erst in seiner jetzigen berichtigten Gestalt, zum Terte des Coder die merkwürdige Bereicherung der zwei Worte: *nota infamiae.* Daß ich nun richtig gelesen habe, und jene Worte, nach dem Dafürhalten des Verfassers, wirklich zum Terte gehörten, beweisen die Worte der Einleitung: *potestatem, si hoc neglexerit, infamia laborare.* In der That liest der Theod. Coder (IX. 17. 2.) *non minus nota, quam statuta in sepulcrorum* etc., und Cujaz [31]) und Fabrot [32]) versichern, in HSS. des Just. Cod. gelesen zu haben: *non minus nota, quam viginti librarum* etc. Jacob Gothofred [33]), dem die Meinung des Cujaz bekannt geworden seyn mochte, bemerkt mit gewohnter Opposition, man müsse nicht, wie *plerique* thäten, das *nota* von der *nota infamiae* verstehen, sondern die Kaiser redeten nur von der herkömmlichen *nota*, poena des sepulcrum violatum, nämlich von der *poena sanguinis.* Diese Ansicht ist nun aber durchaus irrig. In den Pandekten erscheint das crimen violati sepulcri als ein außerordentliches Privatdelict, das zunächst besonders berechtigten Personen, und dann cuivis ex populo einen Anspruch auf eine Geldpön ertheilt. In spätern Zeiten muß dies Verbrechen indeß als ein capitales angesehen worden seyn; denn im Eingange der angeführten Constitution des Theodosischen Coder heißt es *factum solitum sanguine vindicari* [34]). Darauf wurde das Christenthum herr-

31) Recitatt. solenn. ad Tit. C. De Sep. viol. Opp. ed. Ven. Mutin. IX. 1354.

32) Enarrat. ad *Cujac.* Parat. in Cod. IX. 19. ejd. ed. Tom. II. p. 527.

33) ad Theod. Cod. l. c. Ed. Ritter. Tom. III. p. 152. A.

34) S. auch *Edict. Theodorici* cap. 110. *Georgisch* pag. 2229. und Fabrot a. a. O. No. 4.

schende Religion. Die dii manes des Heidenthumes waren nun verschollen, und wie wir aus Nov. Valent. III. Ed. Berol. Tit. XXIII. c. 1. §. 5. und aus Cassiodor'[35]) lernen, waren es eben die Geistlichen, welche am wenigsten die religio der Abgeschiedenen in Ehren hielten. Dieser aufgeklärteren Ansicht wagt denn auch Constans h. l. nicht geradezu zu widersprechen; das ehemalige Capitalverbrechen *mulctae inflictione corrigitur*, und Alle, die sich desselben bereits schuldig gemacht haben, kommen mit sehr gelinden Geldstrafen weg. In Zukunft aber soll die härtere Stafe von 20 Pf. Geldes eintreten. — 98 Jahre nach diesem Gesetze findet Valentinian der Dritte eine Verschärfung der Strafe nothwendig (necesse est severitatem novari), und verordnet [36]), in Zukunft sollten die humiliores mit dem Tode bestraft, die splendidiores aber mit ewiger infamia belegt werden. Aus dieser einfachen Uebersicht geht nun schon hervor, daß im Jahre 349 unter Constans die nota et statuta poena der sepulcri violatio keine capitale seyn konnte. Noch mehr aber erhellt die Verkehrtheit der Gothofredischen Ansicht, wenn man erwägen will, daß es sich in der fraglichen Stelle gar nicht einmal um die Grabschänder selbst handelt, sondern allein um die locorum iudices, qui haec observare neglexerint. Daß nun aber diese um ihrer Unterlassungssünde willen nicht härter gestraft werden können, als die eigentlichen Verbrecher, liegt eben so am Tage, als daß der Magistratus unmöglich größere Verantwortlichkeit haben kann, wie der Tutor. So ist denn also unter der nota die Infamia zu verstehen; denn wir wissen ja aus Tit. II. eod., daß diese Anklage längst ein famosum judicium war. Für wahrscheinlich halte ich indeß, daß im Justinianischen, ebenso wie im Theodosischen, Codex nichts weiter als non minus nota stand, und daß *infamiae* in unserer Urkunde nur ein Glossem ist. Durch diese Annahme erklärt sich, warum

35) Varia IV. 34.
36) Nov. Valent. III. Ed. Berolin. Tit. XXIII. c. 1.

das eine, etwas schwerverständliche Wörtchen (*nota*) in unsern HSS. ausgefallen ist, und selbst von den Basiliken (L. X. 23. 3. Fabr. VII. 508.) unbeachtet geblieben zu seyn scheint. Die Accursische Glosse erkannte vermuthlich das *nota* nicht an. Odofred (lect. sup. Cod. Trid. 1514. f., die dritte unter den bei Savigny a. a. O. V. 335. angeführten Ausgaben) hatte die richtige Lesart, und verstand sie auch richtig; denn er sagt: »*si negligant, notantur infamia.*« Ebenso findet sie sich in mehreren alten Ausgaben des Codex, z. B. *Nuremb.* 1475. (Schrader Abh. II. 443. No. 2. und 458.) und *ibid.* 1488. (Schrader a. a. O. 445. No. 7. und 459).

Ueber den Gebrauch von nota schlechthin für infamiae nota haben Brisson §. 3. und J. Gothofred. in Gloss. nom. §. 2. das Nöthige zusammengestellt; s. z. B. L. 1. §. 6. De postulando.

In L. 2. eod. hat unser Fragment (richtig gelesen) statt *pervectum* des Theodosischen, und *provectum* des Justinianischen Coder blos *vectum*. Das darauf folgende Wort ist in unsern Ausgaben *reperitur;* im Theod. Coder, in der Haloandrina und dem Göttinger MS. steht, mit unsrem Fragment übereinstimmend, richtiger *reperietur*. In der nächsten Zeile bestätigt unsre Urkunde den Text des Justinianischen Coder gegen den Lesefehler (denn eine Variante darf man dergleichen nicht nennen) des Theodosischen, (leider ohne Bemerkung auch noch in der Berliner Ausgabe) der *viribus* statt juribus hat.

In L. 7. C. Unde vi liest unser Fragment *pervenit* statt des richtigeren *pervenerit*, das in den Ausgaben des Justin. Coder steht. Aber auch diese Lesart dient, mit mehreren andern alten Zeugnissen verbunden, zur Widerlegung der von Dirksen [37], mit nicht beweisender Berufung auf den Theodos. Coder, vertheidigten Lectio des Vacarius

37) Civilist. Abhandl. II. 478. 79.

proruperit. Gleich darauf liest unsre Urkunde *ante eventum* statt *ante adventum*, wie die Ausgaben des Codex haben. Ebenso haben die Götting. HS. und der Theodosische Codex (IV. 22. 3.), eine Uebereinstimmung, die Spangenberg lächerlicher Weise dadurch erklärt, daß er vermuthet, das Göttinger MS. sey nach dem Theodos. Codex corrigirt. In der That aber hat die Lesart *ante eventum*, außer dem unverkennbaren Sinn der Stelle, alle irgend erheblichen Zeugnisse für sich. Ebenso nämlich lesen nicht allein, nach den Angaben von Cujaz (Recitatt. sol. in h. l. Opp. IX. 1087. C.) und Fabrot (in Enarratt. ad *Cujacii* Parat. h. t. in Opp. Cuj. II. 463. Nr. 3.) die guten HSS., wie Dirksen [38]) nachgewiesen hat, Vacarius und eine alte Ausgabe des Codex, sondern auch eine alte canonische Sammlung der Laurentiana in Florenz [39]) und Gratians Decret [40]), letzteres freilich nur nach einer in manchen HSS. ganz, und in andern zum größten Theil fehlenden Palea [41]). Auch stimmen die westgothische Interpretation »ante sententiam a judice prolatam invaserit, et noluerit expectare litis eventum«, und Cassiodor [42]) in den Worten: *despecto juris ordine* damit überein. Nach Savigny [43]) ist dieselbe Stelle auch in die *collectio canonum Anselmo dedicata* mit übergegangen, und aus dem dort gegebenen Citat läßt sich freilich nicht entnehmen, welche Lesart in jener Sammlung stehe; doch zweifle ich nicht, daß auch sie *ante eventum* haben wird. Die Griechen haben hier nach der Syn-

38) a. a. O. S. 479.
39) *Bandini*....
40) c. 3. C. I. qu. 4.
41) *Bickell* De Paleis, quae in Gratiani Decr. inv. Marb. 1827. 4. p. 11 b.
42) Varia IX. 18.
43) a. a. O. II. 276. No. 37. — Ebendaselbst S. 399. und 434 heißt es durch einen Schreibfehler, unsere Urkunde citire L. 1. und nicht L. 7. Unde vi.

opsis [44]) und nach Attaliota [45]), nicht aber nach Meerman [46]) *δίχα δικαστικῆς κελεύσεως.* — Etwas weiterhin nimmt unsre Urkunde die Lesart der Vulgattexte *alienarum rerum possessionem*, gegen die Haloandrinische *alienam possessionem*, die sich auch in der angeführten Laurentiner Sammlung findet, in Schutz. Die Palea im Gratian hat selber die gleiche Variante, und im Betreff des Vacarius schweigen Wenck und Dirksen.

In L. 7. C. Ad L. Jul. de vi haben der Justinianische und Theodosische [47]) Codex, statt des *quodlibet* unseres Fragmentes richtiger *quodcunque*. Ebenso ist ferner das *appellatione* statt *interpellatione* ein offenbarer Fehler.

Aus dem *inscriptum habetur* des Schlußsatzes entnimmt man, daß diese Parteischrift ein Rubrum hatte, das sich auf die Eidesrecusation des Senenser Bischofes bezog. Endlich bestätigt unsre Urkunde in L. 12. §. 2. Ad. L. Jul. De vi die von Russard in marg. angegebene Lesart *recte* statt *rite*.

44) X. 2. 57. *Leuncl.* p. 123. Vgl. mit *Labbaei* Obss. p. 25. Daraus Fabrot L. 3. 7. VI. 609.
45) L. IX. §. 4. in f. *Leuncl.* p. 53. in f.
46) Thes. V. p. 57.
47) IX. 10. 3.

Rheinisches Museum

für

Jurisprudenz.

Herausgegeben

von

F. Blume, J. C. Hasse, G. F. Puchta
und Ed. Puggé.

Dritter Jahrgang.

Bonn,
bei Eduard Weber.
1829.

Rheinisches Museum

für

Jurisprudenz.

Herausgegeben

von

F. Blume, J. C. Hasse, G. F. Puchta
und Ed. Puggé.

Dritten Jahrganges viertes Heft.

Bonn,
bei Eduard Weber.
1829.

Inhalt.

Ueber die expressa causa bei der Eigenthumsklage.

Erwiederung auf Herrn Prof. Heffter's Aufsatz.

(Museum III. Jahrg. S. 222. f. f.)

Von

Puchta.

Das Princip der Exceptio rei judicatä ist am sichersten und kürzesten in L. 7. §. 4. de excep. rei iud. so ausgedrückt: dieselbe Frage, die durch eine rechtskräftige Sentenz schon entschieden ist, soll nicht zum zweitenmale unter denselben Personen der richterlichen Entscheidung unterstellt werden. Dieß wäre z. B. der Fall, wenn der abgewiesene Eigenthumskläger wegen desselben Gegenstands gegen denselben Beklagten die Eigenthumsklage nochmals anstellen wollte, es wäre denn, daß er aus andern Gründen als weil er nicht Eigenthümer sey, abgewiesen worden, denn hier ist die Frage, ob er Eigenthümer ist? noch nicht entschieden; oder daß er die zweite Klage auf ein erst nach der ersten Anstellung erworbenes Eigenthum gründet, denn hier wird dem Richter eine ganz andere Frage vorgelegt, als im ersten Rechtsstreit.

Eine eigentliche und wahre Ausnahme von jener Regel d. h. einen Fall, wo wirklich dieselbe Frage, welche schon rechtskräftig entschieden ist, unter denselben Personen ordentlicher Weise noch einmal der richterlichen Entscheidung unterworfen werden dürfte, kann es nicht geben. Denn eine Sentenz, aus welcher unter den rechtlichen Voraussetzungen dennoch

nicht die Exceptio rei judicatâ entstände, würde dadurch aufhören, eine Sentenz zu seyn. Niemand würde mit diesem Namen einen Ausspruch belegen, welchen der, für den er nachtheilig ist, willkührlich als nicht vorhanden betrachten könnte.

Wie verhält sich nun dazu die gemeine Meinung: daß der Eigenthumskläger durch Angabe eines bestimmten Erwerbsgrunds in der Klage sich für den Fall, daß er wegen Mangels des ihm obliegenden Beweises abgewiesen wird, die Wiederholung der Klage mit Berufung auf eine andere Erwerbsart (wenn gleich aus der Zeit vor der ersten Anstellung) salviren könne? Wenn diese Behauptung richtig seyn soll, so darf sie sich vor allem nicht geradezu als Ausnahme darstellen, sondern sie muß mit dem Princip selbst in Einklang gesetzt werden. Dieß kann aber bloß dadurch geschehen (denn wir setzen easdem personas voraus), daß man zeigt, es werde in dem zweiten Processe nicht dieselbe Frage, wie in dem ersten der richterlichen Entscheidung unterstellt. Dieß wird nun freilich von den Anhängern der gemeinen Meinung ausdrücklich oder stillschweigend behauptet, es ist aber die Frage, ob das Mittel, diese Wirkung hervorzubringen, in unserm Recht gegeben ist, ja ob es überhaupt gegeben seyn kann, eine Frage, welche von jenen bisher genügend weder erwogen, noch beantwortet worden ist.

Ich habe in diesem Museum Jahrg. II. S. 251 — 270. die Unrichtigkeit der gemeinen Meinung darzuthun versucht. Herr Prof. Heffter nimmt sie durch den in der Ueberschrift näher bezeichneten Aufsatz gegen mich in Schutz. Ich muß es bedauern, daß er seine Widerlegung nicht überall »unterschiedlich und klar« gehalten, und daß er mir hierdurch die Vertheidigung meiner Ansicht insofern erschwert hat, als dieselbe nicht in der Kürze, die für den Leser wie für den Autor selbst wünschenswerth ist, geschehen kann. Da aber mein früherer Aufsatz selbst an einigen Stellen bedeutende Mängel

(selbst der so eben gerügten Art) hat, so muß ich meinem Gegner in jedem Fall für diese Gelegenheit, dieselben zu berichtigen, verpflichtet seyn.

Ich trenne in dem folgenden das römische und das heutige Recht. Ferner wird es passend seyn, die juristische Möglichkeit des gemeinhin angenommenen Satzes von seinem wirklichen Bestehen zu unterscheiden, eine Unterscheidung, welche besonders bey der Beantwortung der Frage: wie sich die Sache zur Zeit der römischen Juristen, der Urheber der beiden Pandektenstellen, welche die gemeine Meinung veranlaßt haben, verhielt? sich nützlich erweisen wird.

I. Römisches Recht.

A. Möglichkeit des gemeinhin angenommenen Satzes.

Die Möglichkeit des von mir bestrittenen Satzes beruht darauf, daß es einen Eigenthumsproceß habe geben können, bey welchem nicht das von dem Kläger behauptete Eigenthum, sondern nur eine Erwerbsart desselben in iudicium deducirt worden sey, der Richter also **nur** über das Vorhandenseyn dieser Erwerbsart, nicht aber zugleich über das Vorhandenseyn des Eigenthums entschieden habe, so daß also, wenn wegen einer andern Erwerbsart die Klage wiederholt ward, hier in der That nicht eadem quaestio zum zweitenmal aufgestellt worden wäre. — Diese Möglichkeit läßt sich theils von der formellen Seite, namentlich der Gestalt, welche die Formula erhalten mußte, um jene Wirkung **möglicherweise** hervorzubringen, theils von der materiellen des Resultats für den Eigenthumsproceß betrachten. Ich will zuvörderst die erste Seite hervorheben.

1) Ich gehe von der Voraussetzung aus, daß jene Wirkung nicht die eines jeden Eigenthumsprocesses seyn, sondern daß sie vielmehr durch eine Modification desselben herbeigeführt werden soll, die man gewöhnlich mit expressa causa bezeichnet. Darin sind alle einverstanden.

2) Diese Beschränkung des Eigenthumsprocesses auf eine Erwerbsart muß geschehen, ehe die Sache an den Judex kommt, also in dem Theil des Processes, der seinem Verfahren vorausgeht. Dieß hat der Gegner nicht bestritten. Würde es mit Grund bestritten, so würden wir nicht mehr von der formellen, sondern bloß noch von der materiellen Möglichkeit des Satzes zu sprechen haben.

3) Die formelle Möglichkeit dieser Beschränkung habe ich behauptet [1]) bey der Vindication per sponsionem, geläugnet für jede andere Form des Processes. H., wie schon vor meiner Abhandlung Keller, behauptet sie auch für den Proceß per formulam petitoriam, wobey er weniger neue Gründe für seine Behauptung (er beruft sich besonders auf das Bedürfniß, wovon erst unter der folgenden Rubrik die Rede seyn wird), als Zweifel gegen die meinigen aufstellt.

4) Was nun den Proceß per formulam petitoriam anlangt so gehe ich von der Voraussetzung aus, daß ein Zusatz zur Formel nöthig war, um die behauptete Wirkung hervorzubringen. Diese Voraussetzung, die mit der sub 2. aufgestellten eng zusammenhängt, hat H. nicht angegriffen.

5) Der Zusatz konnte nach meiner Behauptung, soweit wir die Formeln kennen, auf doppelte Weise geschehen, entweder durch eine Präscriptio oder durch eine Modification der Intentio. Was H. über diesen Satz meint, getraue ich mir nur mit seinen eigenen, nicht ganz deutlichen, Worten anzugeben: »Was das Aeußere betrifft, so hat Keller die sinnige Vermuthung aufgestellt, daß sich solches durch eine Präscriptio habe bewirken lassen. Es würde anmaßend seyn, darüber streiten zu wollen, da wir das Formelrecht noch immer wenig genug kennen, nur scheint mir, wie ihm, daß vorzüglich durch einen Beisatz zur Intentio die Modification habe geschehen dürfen.« (H. S. 233.)

6) Eine Präscriptio, habe ich behauptet, sey nicht anzu-

1) Nicht eigentlich »zugestanden«, wie H. S. 233. sich ausdrückt.

nehmen. Es ist nach unseren Nachrichten davon sehr zweifelhaft, ob Präscriptionen bey dinglichen Klagen vorkamen, indem dafür nur der Grund angeführt werden kann, daß keine innern Gründe dagegen sprechen, wenigstens zwey äußere Gründe aber dagegen sind [2]), dazu kommt, daß, die Möglichkeit zugegeben, ihre wirkliche Anwendung in unserm Fall mehr als zweifelhaft ist [3]). — H. erklärt sich darüber (in den vorhin angeführten Worten) nur beiläufig und schwankend. Unter diesen Umständen ist es unpassend, wenn er einen Streit über diesen Punkt anmaßend nennt. Fand er es geziemend, sich dieses Prädikats zu bedienen, so war es seine Pflicht, zu zeigen, daß weder durch meine Gründe noch überhaupt nach dem gegenwärtigen Stand unserer Quellen auch nur ein wahrscheinliches Resultat erhalten werden könne. Außerdem ist diese kurze Manier, von der Sache zu kommen, freilich auch die leichteste.

7) Den Zusatz endlich zur Intentio anlangend, so könnte dieselbe a) rein auf den Erwerbsgrund beschränkt seyn, und dieß wäre der Fall α) bey einem bloßen Präjudicium, β) bey einer in factum concepta formula z. B. si paret A. A. hominem Stichum mancipio accepisse etc. Oder b) sie könnte den Erwerbsgrund als beschränkten Zusatz enthalten, sey es α) daß der Zusatz in der Intentio selbst stünde (H. S. 234. oben), oder β) daß eine Demonstratio vorausgienge, auf welche sich die Intentio bezöge (M. A. S. 263. oben) [4]).

Die Fälle a habe ich in meiner Abhandlung nicht erwähnt, und so hat auch H. sich nicht darüber erklärt. Ich zweifle aber nicht, daß er, wie jeder andere, diese Formen für ungeeignet ansehen wird. Ueber die erste, das Präjudicium, braucht kein Wort verloren zu werden. Die zweite würde voraussetzen, daß der Prätor für die Vindication eine in

2) S. meine Abhandlung S. 260. Note 22. mit dem Text.
3) M. A. S. 260 f.
4) M. A. S. 263. Note 24.

factum concipirte Formel proponirt hätte. Wir wissen, daß dieß nicht geschehen ist. Wenn ex iure quiritium geklagt wurde, so war die Formel in ius concepta [5]) für die Fälle des nichtquiritischen Eigenthums hätte der Prätor eine in factum gefaßte Formel allerdings geben können, aber er proponirte statt derselben eine utilis vindicatio, also mit einer in ius concipirten Formel. Daß er daneben auch noch eine andere in factum gegeben, liegt eben so fern, als daß er dieß für das quiritische Eigenthum gethan hätte, er müßte denn ursprünglich eine in factum allein, und dann erst die utilis vindicatio gegeben haben. Indessen wird schon nach der gleich anzuführenden Stelle niemand geneigt seyn anzunehmen, daß das Eigenthum zu den quaedam causae gehört habe, aus denen der Prätor et in ius et in factum conceptas formulas gab [6]); noch weniger aber, wenn Cajus in rem agere und rem nostram esse petere gleichbedeutend nimmt [7]), was nicht geschehen konnte, wenn das in rem agere ohne das letztere d. h. also mit einer in factum gefaßten Klage möglich war [8]).

Es bleiben uns somit die Fälle b. übrig, bey denen es für uns gleichgültig ist, welchen von beiden man sich denken mag. H. zieht den ersten vor. Für die Fähigkeit der Intentio zur Aufnahme eines solchen Zusatzes ist schon von Keller, und nun auch von jenem die Publiciana in rem actio angeführt worden [9]). Ich habe indessen schon in meinem

5) Caius IV. 45.
6) Caius IV. 47.
7) IV. 51.
8) Wir kennen allerdings eine in rem actio im weiteren Sinne des Worts, bey welcher ohne Zweifel eine in factum concipirte Formel gegeben war, die Hypothecaria (s. Keller Lit. Cont. S. 217. Not. 7.); dieß hängt aber mit der Geschichte und Natur des Pfandrechts zusammen, die von der des Eigenthums sehr verschieden ist.

9) H. fügt noch ein Beispiel durch die Vermuthung hinzu, daß die Klage aus dem nichtquiritischen Eigenthum anfangs weder die utilis vindicatio (mit der Fiction), noch die vindicatio schlechtweg (mit der Intentio: h. h. eius esse ohne Zusatz) gewesen sey, sondern daß sie eine Intentio mit einem auf eine natürliche Erwerbsart lautenden Zusatz gehabt habe (Seite 232. Not.), eine Vermuthung, die ich hier, nach dem im Text bemerkten, auf sich beruhen lassen kann.

ersten Aufsatze bemerkt, wie es sich hier um diese allgemeine Möglichkeit gar nicht handle, sondern davon, ob irgend eine bestehende Formel einen solchen Zusatz habe aufnehmen können, ohne das zwey Formeln, die ohne und die mit dem Zusatz daraus geworden wären. Wenn der Prätor die Formula petitoria proponirt hatte, und er fand sich nun veranlaßt, die Klage mit jenem modificirenden Zusatz zu verstatten, so proponirte er dies ohne Zweifel auch in seinem Edict; hatte er nun aber nicht eine doppelte Formel für die Vindication proponirt? Was hat H. darauf zu erwiedern? »Es wäre möglich, daß die Modification seit der Regulirung des edictum perpetuum rein der Jurisprudenz angehört habe.« Welche Regulirung des ed. perp. hier gemeint sey, die durch die Lex Aebutia, oder Lex Cornelia, oder Ofilius, oder Julianus rc., ist nicht gesagt; das übrige aber soll wohl heißen, die Modification sey vielleicht von einer gewissen Zeit an nicht mehr im Edict erwähnt worden. Daraus würde aber weiter nichts folgen, als daß im Edict nicht zwey Formeln aufgezeichnet gewesen wären, und dieß könnte man sich um so mehr gefallen lassen, als auch nicht einmal eine einzige darin proponirt gewesen seyn könnte. H. hat noch ein anderes Argument in den Präscriptionen gefunden, deren Möglichkeit die Zahl der Klagen ja auch nicht vermehrt habe (H. S. 235.). Dieses Beispiel ist unglücklich gewählt. Erstens ist von einer Mehrheit von Klagen zunächst (ehe wir auf das Materielle Ergebniß kommen) noch gar nicht die Rede, sondern nur von einer Mehrheit von Formeln — niemand spricht z. B. von einer doppelten Commodatsklage, weil der Prätor zwey Formeln, in ius und in factum, dafür proponirt hat. Dann aber ist ein beträchtlicher Unterschied zwischen einer Präscriptio, welche die übrige Formel unverändert läßt, und einem Zusatz, wodurch der wesentlichste Theil der Formel selbst abgeändert wird, und was noch mehr ist, mit einer Wirkung, wie sie nachher zur Sprache kommen soll.

Eben so gut hätte H. sich auf die Exceptionen berufen, und mir den Einwand machen können, mithin müße jede Klage so viele Formeln gehabt haben, als es Exceptionen, ferner Replicationen, Duplicationen rc. bey derselben gegeben habe. Wir bleiben daher bey dem Satz stehen, daß formell betrachtet ein solcher Zusatz möglich war, aber, wenn er gemacht wurde, eine zweite Formel für die Vindication zur Folge hatte.

Die Begründung des zuletzt aufgestellten Satzes wird vervollständigt werden durch die Betrachtung der Möglichkeit jenes Zusatzes von der materiellen Seite, von der Seite des praktischen Resultats, den derselbe haben soll, — zu welcher wir nun gelangen. Meine Argumentation ist folgende. Durch den Zusatz soll die Consumtion des Klagerechts aus dem damals schon bestehenden Eigenthum des Klägers verhütet werden. Daß heißt mit andern Worten: es soll bewirkt werden, daß der Kläger nicht das Eigenthum (und folgeweise jeden damals vorhandenen Erwerbsgrund) in iudicium deducirt [10]), sondern nur die in der Formel ausgedrückte Erwerbsart. Daraus folgt nun rückwärts, daß diese Erwerbsart zur causa proxima actionis, zu dem Recht gemacht wird, welches den Grund der Klage bildet, denn das Recht ist es, welches in iudicium deducirt wird [11]). Mithin ist die Klage mit expressa causa, wenn dieselbe die behauptete Wirkung hat, keine Eigenthumsklage mehr, ja überhaupt keine eigentliche Klage, da sie keinen wirklichen rechtlichen Grund, sondern nur einen factischen, zum rechtlichen willkührlich gestempelten hat. Käme wirklich ein Proceß der Art im römischen Recht vor, so müßte er ein Präjudicium (wie z. B. das quanta dos sit) seyn, das ist es aber nicht, was wir hier wollen. In dieser Argumentation findet H. zu viel Feinheit und zu wenig Wahrheit. Ich glaube umgekehrt, sie ist mehr

10) L. 14 §. 2. de exc. rei iud.
11) Keller L. C. u. Urtheil S. 241.

wahr als fein; eine andere aber, fürchte ich, wäre weder das eine noch das andere. Was H. dagegen vorgebracht hat, geht denn auch wenig über die Versicherung hinaus, der Proceß sey doch noch ein Eigenthumsproceß gewesen. Seine Entgegnung leidet an dem Mangel, daß er einen Terminus meiner Schlußfolgerung, und zwar gerade den hauptsächlichsten, ignorirt. Allerdings nämlich könnte in der Formel eine Erwerbsart genannt, und doch noch das Eigenthum der Grund der Klage und der Gegenstand der richterlichen Entscheidung seyn. Darüber hätte er kein Wort verlieren sollen, denn das habe ich nie bestritten. Aber die Frage ist die: ob dieß noch der Fall ist, wenn jene Benennung einer Erwersart die Absicht und Wirkung haben soll, daß nicht das Eigenthum, sondern nur diese Erwerbsart in iudicium deducirt werde? Noch deutlicher: die Frage ist nicht, ob der Zusatz, sondern ob diese Wirkung des Zusatzes mit der Eigenschaft des Processes als Eigenthumsprocesses, der Klage als Eigenthumsklage vereinbar ist? Diese Frage hätte H. prüfen und beantworten sollen, und gerade darauf ist er die Antwort schuldig geblieben. Er beruft sich indessen auf die Publiciana (S. 235. oben): »so wurde ja auch in der publicianischen Formel immer nur gefragt, ob N. N. die Fiction des Eigenthums u. s. f. aus dem und dem factischen Grunde für sich habe? sie konnte also so oft wiederholt werden, als sich noch andere edictmäßige Prämissen vorfanden.« Dieß lautet gerade so, als wenn das bekannte und angenommene Sätze wären, die keines Beweises weiter bedürften. Bis dieser geliefert wird ist die bloße Erwähnung der Erwerbsart in der Publiciana (ohne die gleiche Wirkung, die sie in unserm Falle haben soll) ganz offenbar irrelevant [12]); wie es sich im Fall

12) In Beziehung auf die Art des Zusatzes mache ich übrigens darauf aufmerksam, wie das emere, tradere in der Formel der Publiciana nur wie demonstrationis causa bezeichnet wird (wenn A. A. den Sclaven, den er gekauft hat, ein Jahr besessen hätte), wäh=

des Beweises verhält, davon wird sich dann noch sprechen lassen, wenn er geführt ist. Eben so irrelevant für unsere Frage ist die oben Note 9. erwähnte Vermuthung. Denn um Klagen mit Angabe der Erwerbsart aufzufinden, braucht es keiner Hypothesen; solcher Beispiele bedarf es, bey welchen diese Angabe dieselbe Wirkung gehabt hätte, wie sie in unserem Fall behauptet wird.

Was hier von der materiellen Möglichkeit der in Frage stehenden Beschränkung gesagt worden ist, gilt, wie schon der Inhalt des gesagten fordert, nicht bloß von dem Proceß per formulam petitoriam, sondern auch von dem per sponsionem. Es ist ein Fehler meiner ersten Abhandlung, daß ich dort diese materielle und die formelle Möglichkeit nicht überall und bestimmt genug unterschieden, und daher, indem ich für den Sponsionenproceß die letztere anerkannte, die erstere nicht geläugnet habe. Wenn also ein Proceß begonnen worden wäre mit der Sponsion: si hominem, quo de agitur, mancipio accepi, ss. xxv. nummos dare spondes? in der wirksamen Absicht ihn auf die angegebene Weise zu beschränken, so wäre auch dieser kein Eigenthumsproceß gewesen. Die Vindication per sponsionem konnte der Materie nach nicht laxer seyn, als die andere; ja gerade weil hier die Form in den Bereich der persönlichen Klagen hinüberspielte, lag darin um so mehr die Aufforderung, dem Inhalt nach das Wesen der Eigenthumsklage desto fester zu bewahren [13]).

B. Wirkliches Bestehen des Satzes.

Das Resultat des bisherigen ist folgendes. Die formelle Möglichkeit der expressa causa ist vorhanden 1) bey dem

rend unsere Formel schon ihrer Fassung nach auf die Erwerbsart gestellt wäre (wenn A. A. durch Kauf und Tradition Eigenthümer geworden.)

13) Auch hier gedenkt H. nur der freien Möglichkeit, die Sponsionen auf jedes Factum zu stellen (das soll natürlich nicht heißen, daß es in der freien Willkühr der Parteien gestanden habe, eine

Sponsionenproceß [14]), 2) bey der Formula petitoria, jedoch nur so daß es dann mehrere Formulä petitoriä gab. Die materielle Möglichkeit, der in Frage stehenden Wirkung des Zusatzes ohne daß der Eigenthumsproceß diese seine Eigenschaft verloren hätte, ist überall nicht vorhanden. An sich wäre damit eigentlich, da wir von den römischen Juristen nichts juristisch undenkbares erwarten dürfen, die Sache abgethan. Dennoch aber müssen noch die Zeugnisse geprüft werden, auf welche man, ohne sich auf die Möglichkeit einzulassen, die gemeine Meinung gegründet hat. Es ist erforderlich, daß an die Stelle der unstatthaften Erklärung der berufenen Stellen eine andere, haltbare gesetzt werde; sollte sich dabey ergeben, daß, selbst abgesehen von der innern Möglichkeit und Unmöglichkeit, schon aus andern Gründen die gemeine Erklärung unrichtig, oder die von mir aufzustellende vorzuziehen sey, so wird dieß nicht wenig zur Befestigung meiner Ansicht beitragen.

Ehe ich auf diese Erklärung komme, will ich einige Punkte erwähnen, welche gegen das Bestehen des Satzes sprechen. Zu diesen gehört, was noch die Form anlangt, der in der Note 14. berührte: und der Umstand, daß von einer Mehrheit von Formulä petitoriä für die Eigenthumsklage nirgends eine Spur ist. Dazu kommt nun noch, und ist von H. nicht erörtert worden, daß sich in allen übrigen Stellen nicht allein keine Hindeutung auf die angeblich durch die wenigen und im besten Fall, wie man zugeben muß, zweideutigen Worte der L. 14. de exc. rei iud. gemachte Ausnahme findet, sondern daß es auch solche giebt, die eine solche positiv ignoriren. Dahin gehört insonderheit L. 11. §. 5. h. t., die wenigstens

Wette über irgend ein beliebiges Factum zum Proceßanfang zu machen), ohne das hauptsächlichste, die Wirkung zu berühren.

14) Eine sehr bedeutende Schwierigkeit bleibt aber hier noch in der Frage zurück: ob der Kläger den beklagten zwingen könne, sich auf die von jenem beliebte Sponsion einzulassen? worüber H. sich nur obenhin erklärt.

nicht sehr vorsichtig abgefaßt ist, wenn Ulpian die von mir bestrittene Meinung hatte [15]); endlich die in meiner ersten Abhandlung hervorgehobene Analogie anderer Vindicationen, wobey besonders auf L. 11. pr. h. t. aufmerksam gemacht worden ist.

Die Anhänger der gemeinen Meinung gründen sie auf die beiden bekannten Pandektenstellen, oder wenigstens auf die zweite derselben. H. hat auch das praktische Bedürfniß dafür angeführt, dessen Mangel ich als ein Nebenargument gegen das wirkliche Bestehen des von mir bestrittenen Satzes gebraucht hatte. Wer künftig die Vertheidigung der gewöhnlichen Interpretation unternimmt, dem wird es vor allem obliegen, die Zweifel an der juristischen Möglichkeit ihres Resultats zu beseitigen. Auch an H. vermisse ich ein vollkommen klares Bewußtseyn dessen, was mit der gemeinen Ansicht consequent alles behauptet wird, und mithin auch eine Rechtfertigung dieser Behauptungen.

1. L. 11. §. 2. de exc. rei iud. (*Ulpian.*)

Die richtige Erklärung dieser Stelle, wonach sie von dem postea adquisitum dominium spricht, für die gemeine Meinung also kein Argument enthält, schien mir bey der Abfassung meiner ersten Abhandlung so nahe zu liegen und so evident zu seyn, daß ich eine kurze Zusammenfassung und Andeutung der Gründe für meine und gegen die gewöhnliche Erklärung für hinreichend hielt. Darin ward ich durch die Beobachtung bestärkt, daß man stets die andere als die Hauptstelle betrachtet hat, und von mehreren nur die letztere für ihre Ansicht angeführt worden ist. H. will nun aber auch jene nicht fallen lassen, und hat deshalb das in der-

15) Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. Utputa opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere; mutavit opinionem, et coepit putare ex causa donationis, haec res non parit petitionem novam. Nam qualecunque et undecunque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit.

selben gebrauchte Wort *adiecta* causa in die Ueberschrift seines Aufsatzes und zwar primo loco aufgenommen (»über die causa *adiecta* s. expressa« etc.) — Er hat nicht alle meine Gründe berücksichtigt, weshalb ich auf m. A. verweise [16]. Ein Punkt aber ist hier noch besonders herauszuheben, da dessen Vernachläßigung durch den Gegner einen bedeutenden Theil seiner Gegenbemerkungen veranlaßt hat. Wenn Ulpian sagt: Si quis autem petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit: si postea alia ex causa petat, causa adiecta, non debet summoveri exceptione, so ist nach der gemeinen Erklärung das »causa adiecta« ganz überflüssig, denn alles, was mit diesen Worten gemeint seyn konnte, lag schon in dem alia ex causa. Nach der meinigen hingegen ist dieser Zusatz wesentlich. Alia ex causa konnte nämlich auf einen zur Zeit der ersten Klaganstellung schon vorhandenen Erwerbsgrund bedeuten, gerade um diesen Fall auszuschließen, machte Ulpian jenen Zusatz, womit ein nachher erst hinzugekommener bezeichnet wird. Somit ist der Einwand (H. S. 225): »im §. 4. sagt Ulpian so deutlich: si alia causa nova post petitionem accessit, warum hätte er es in §. 2. bloß mit der alia causa bewenden lassen sollen?« — ganz grundlos. Aus dem vorigen ergiebt sich, daß Ulpian

16) Einmal dagegen schiebt H. mir einen Grund unter, den ich nicht als solchen gebraucht habe, indem er sagt: ich hätte mich auf die Basiliken berufen u. s. f. und hinzusetzt: »inzwischen beweist die ganze Uebersetzung nichts über die Meinung Ulpian's.« Dieß sieht ganz so aus, als hätte ich sie als einen solchen Beweis gebraucht, und niemand würde aus dieser Darstellung entnehmen, daß sie nur eine Wiederholung meiner eigenen Aeußerung ist (S. m. A. 259. N. 20.). Uebrigens bleibt meine Behauptung richtig, daß die Basiliken diese erste Stelle so verstehen wie ich. Sie sagen wörtlich dieses: «Wer eine Sache, die er durch Erbfolge erworben hat, als eine ihm durch Tradition erworbene vindicirt hat und unterlegen ist, der wird, wenn er wiederum klagt, abgewiesen. Wenn er aber einen neuen Grund aufstellt, wird er nicht abgewiesen.« Worauf es nach einem Zwischensatz heiße: »Dann kann der Unterlegene wegen derselben Sache wieder klagen, wenn er sie aus einem neuen Grund erworben hat.« — — In dem, was oben im Text folgt, ist einiges von der Erklärung in meiner ersten Abh. berichtigt.

es nicht dabey hat bewenden lassen. In der That ist es auffallend, daß H. bey diesem Einwurf das causa adiecta ignorirt, während er gleich unmittelbar nachher auf diese Worte und meine Erklärung davon kommt. Diese letztere soll durch die Frage beseitigt werden: »sollte wirklich Ulpian sich des Worts adiici von dem Hinzukommen des Eigenthums bedient u. s. f. haben?« eine Frage, die ich nur durch ein einfaches Ja zu beantworten brauche [17]). Aber H. schlägt eine »Rectification« vor, freilich nur, um zu zeigen, daß sie nicht haltbar, also auch mit ihr meiner Erklärung nicht zu helfen sey. Sie soll in der Annahme bestehen, causa adiecta heiße: »indem sich der Kläger auf diese neue Causa b e r u f t.« Allerdings ist es nun sehr leicht, diese Annahme zu widerlegen, aber ebendeshalb muß ich gegen diese angebliche, wenn auch wohlgemeinte Verbesserung meiner Erklärung, die, wie ich meine, recht gut auf ihren eigenen Füßen stehen kann, ernstlich protestiren. Man kann, wenn man will, die Frage aufwerfen, in welcher Form denn nun der Umstand, daß der Kläger aus einem postea adquisitum dominium klage, ihm also die Exceptio nicht entgegenstehe, zur Sprache gekommen sey? (nun ist freilich die Antwort darauf außerordentlich einfach,) aber Ulpian braucht sich darüber nicht erklärt zu haben, und er hat es denn hier so wenig gethan, als an der andern Stelle, wo er von dem postea adquisitum dominium spricht, ja ich glaube, jeder römische Jurist würde es für überflüßig gehalten haben, ein Wort darüber zu verlieren [18])

17) Wörtlich genommen spricht Ulpian nicht vom Hinzukommen des Eigenthums, sondern der Erwerbung. Wenn es übrigens einer Begründung dieser Bedeutung des »adiecta« bedürfte, was ich ungeachtet der Frage des Gegners nicht glaube, so dürfte nur an: usucapio est adiectio dominii und ähnliches erinnert werden.

18) Beiläufig ist hier noch zu bemerken, daß in unserer Stelle der Ausdruck so gebraucht wird: causa adiecta non debet summ. exceptione, wovon die Construction in L. 1. de R. V. nisi forte adiecta causa quis *vindicet*, sehr verschieden ist. Diese letztere Stelle selbst darf nicht hierher gezogen werden, ich enthalte mich daher, das zu prüfen, was H. zur Erläuterung derselben gesagt hat.

Dem Grund, welchen der Gegner aus dem Zusammenhang des ganzen Fragments entnimmt, giebt er selbst kein großes Gewicht, indem ihm nicht entgangen ist, daß daraus auch gegen die gemeine Erklärung argumentirt werden könnte. Doch glaubt er, möchte das Zünglein der Wage sich eher auf die Seite der letzern neigen. Ich halte es für überflüssig, das Gegentheil zu zeigen, da die Anordnung der Stelle im ganzen das Argument völlig problematisch macht. Denn im pr. bis §. 2. ist von der eadem causa als Erforderniß der Exceptio die Rede, in §. 3. von den eaedem personae; dann wieder §. 4 — 6. von eadem causa, und §. 7. bis zu Ende von eaedem personae, so daß die Stelle in zwey getrennte und wiederholende Hälften zerfällt. Daß also Ulpian §. 4. 5. das wiederhole, wovon er schon §. 2. gesprochen habe, kann nach dieser Beschaffenheit des Fragments nicht als Grund gegen meine Erklärung gelten.

2. L. 14. §. 2. eod. (*Paul.*)

Ich habe in meiner Abhandlung die gemeine Erklärung dieser Stelle nicht schlechterdings verworfen, aber eine andere daneben gestellt, von der ich behauptete, sie sey nicht blos gleich möglich [19]), sondern sogar schon dem Zusammenhang nach, also noch ohne Rücksicht auf die juristische Möglichkeit des gemeinhin angenommenen Ergebnisses die wahrscheinlichere. H. hat sich auf die Gründe für meine Interpretation nicht eingelassen; es schien ihm hinreichend, daß die gewöhnliche eben die gewöhnliche und somit wohl die na-

19) In Beziehung auf das grammatische sagt H.: „ob nun ablativi absoluti s. consequentiae mit dem Perfectum auch das schlechthin Ursachliche ausdrücken können, muß ich der Entscheidung der „Grammatiker überlassen." In der That ist diese Entscheidung nicht mehr erst zu erwarten. Sollte übrigens die ursachliche Auflösung seinem Gefühl anstößig seyn, so läßt ihm die Grammatik zwischen ihr und einer andern die Wahl, nämlich entweder: da, oder: wobei die Causa nicht hervorgehoben wird, zu übersetzen. Eine wörtliche, die Zweideutigkeit wiedergebende Uebersetzung wäre etwa: wo die Causa nicht ꝛc.

türlichere sey, und das ihr Resultat, wie er wenigstens behauptet, sich auch rechtfertigen lasse [20]. Ich verweise daher hier wieder zurück auf meine erste Abh. S. 269. f. Die wiederholte Prüfung, zu welcher die Gegenschrift mich veranlaßt hat, bringt mich dahin, die gemeine Erklärung gänzlich und entschieden zu verwerfen, deren innere Möglichkeit ohnedies weder dargethan ist, noch, wie ich überzeugt bin, sich darthun läßt. Wenigstens scheint dies nicht ohne irgend eine bedeutende Modification der gemeinen Meinung möglich zu seyn; und wenn es auch glücken sollte, eine solche zu finden, so wird dann erst die Frage seyn, ob sie sich mit der Stelle selbst verträgt. Aber auch abgesehen von diesem Punkt wage ich es, für meine Interpretation auf jeden Leser, was auch sonst seine Ueberzeugung in dieser Sache seyn möge, zu provociren, wenn er die Wichtigkeit der Ausnahme, welche Paulus mit jenen drey Wörtchen, und den Zusammenhang, in welchem er sie gemacht haben soll, unbefangen und in die Gedanken des Schriftstellers sich versetzend erwägen will.

Das praktische Bedürfniß ist das zweite Argument für das wirkliche Bestehen des angenommenen Satzes, welches H. gebraucht. Solche Argumente, wie dieses, müssen mit möglichster Bestimmtheit aufgefaßt werden, wenn sie sich nicht ins Vage verlieren und darum allen Gehalt verlieren sollen. H. hat theilweise das, was ich über diesen Punkt gesagt hatte, bey Seite gesetzt, theilweise ein Raisonnement angewendet, das, wie er selbst zuletzt bemerkt, nicht auf den römischen Proceß paßt. Es sind hier zwey Rücksichten gegen einander abzuwägen. Der Grundsatz: qualecunque et undecunque dominium adquisitum habuit, vindicatione

20) Nach der oben berührten Ansicht, die H. von der Publiciana hat, sollte man eher erwarten, daß er das non expressa causa auf die Rei vindicatio im Gegensatz zur Publiciana deutete. Dies, scheint mir, müßte für ihn die natürlichste Erklärung seyn, wobei dann freilich die gemeine Meinung zu kurz käme.

prima in iudicium deduxit, kann dem Kläger unter gewissen Umständen einen zu berücksichtigenden Nachtheil bringen, namentlich, wenn zufällig die Nothwendigkeit, die Klage jetzt sofort anzustellen, mit der Unmöglichkeit, die zu Gebote stehenden Erwerbsarten alle im Laufe dieses Processes (ungeachtet der Dilationen, welche der römische Proceß verstattet) ausfindig und wahr zu machen, zusammentrifft. Die angenommene Ausnahme hingegen setzt den Beklagten einer willkührlichen Proceßvermehrung von Seiten des Klägers aus, überhaupt droht sie die Wohlthat der Exceptio rei judicatä (welche dieselbe nicht bloß für diesen Beklagten hat) bey der Eigenthumsklage fast ganz zu elidiren. Nun wollen wir annehmen, beide Nachtheile seien, wenn sie wirklich eintreten, ganz gleich. Der zweite aber kann immer eintreten, der erste, da er von der Concurrenz mehrerer Umstände abhängt, allgemeinem Ueberschlag nach nur selten. Ferner: für den zweiten hat die gemeine Meinung kein Remedium, für den ersten hingegen ist nach der richtigen Ansicht noch immer die In integrum restitutio ein Hülfsmittel, und zwar ein der Seltenheit desselben vollkommen angemessenes (21). Nach der richtigen Ansicht also ist der regelmäßigere Nachtheil beseitigt, ohne dem seltner eintretenden die nöthige Hülfe zu entziehen, nach der gemeinen Ansicht hingegen wird der seltnere berücksichtigt, der häufigere übersehen, dem außerordentlichen Nachtheile eine ordentliche Hülfe, dem ordentlichen dagegen gar keine gewährt. Das Facit daraus wird sich jedem von selbst ergeben.

Somit spricht eine nähere Erwägung der juristischen Möglichkeit der gewöhnlichen Behauptung, eine genaue Interpretation der einschlagenden Stellen, endlich die Betrach-

21) H. glaubt zwar, daß Neratius in L. 27. h. t. die J. J. R. gegen die Exc. rei judic. für unzuläßig erkläre; allein man kann nicht ohne Gewalt diesen Sinn in der Stelle finden, und jedenfalls genügt uns eine andere Stelle, wo Ulpian die Zuläßigkeit durch die Entscheidung eines speciellen Falls ausser Zweifel setzt (L. 11. pr. eod.

tung von Seiten des praktischen Bedürfnisses und der Proceßpolitik für meine Ansicht und gegen die entgegengesetzte.

II. Heutiges Recht.

Die bisherige Untersuchung hat das Resultat gegeben, daß die gemeine Ansicht unsern römischen Rechtsquellen völlig unbekannt ist. Hätte unser heutiges Recht nun keine andern Quellen als diese, so wäre damit die Frage auch für dieses entschieden. Dies ist aber nicht der Fall.

In gesetzliche Quellen des gemeinen Rechts ist die bestrittene Meinung nicht aufgenommen worden. Allerdings hat das canonische Recht die Unterscheidung zwischen der Klage expressa und non expressa causa [22], welche jener zu Grunde liegt. Aber es wendet dieselbe nicht auf unsere, sondern auf einen ihm entgegengesetzten Fall an. Ein Richter hatte den Eigenthumskläger, der expressa causa geklagt, aber nur einen erst nach der Lit. Cont. eingetretenen Erwerbsgrund für sich hatte, abgewiesen, und diese Sentenz wird in der angeführten Decretale confirmirt. Nur auf dem Weg der Analogie also kann diese Stelle für unsern Fall gebraucht werden, ob aber dieser Weg hier stattfinde, das wird unter andern erst davon abhängen, ob der Einfluß, welchen man der expressa causa zuschreiben will, mit den geltenden Rechtsprincipien vereinbar, oder aber ein völlig singulärer und unjuristischer ist.

Es fragt sich mithin, da keine andere Quelle hier in Betracht kommt, ob die gemeine Meinung sich nicht von selbst, als Praxis, und zwar dergestalt geltend gemacht habe, daß wir den von ihr aufgestellten Satz als Rechtssatz anzuerkennen und zu achten genöthigt sind. Ich habe dies geläugnet wegen seiner Incongruenz und juristischen Widersinnigkeit, welche auch der eifrigste Begünstiger der Praxis in un-

22) Cap. 3. de sent. et re judic. in 6. Vgl. m. A. S. 267. oben.

ſeren Tagen als ein Hinderniß der Entſtehung eines Rechts-ſatzes durch dieſelbe gelten laſſen wird.

Da H. die von mir behauptete juriſtiſche Unſtatthaftig-keit weder vollſtändig geprüft noch widerlegt hat, ſo kann ich mich auf folgende einzelne Bemerkungen beſchränken. Wenn meinen Gründen ein vermeintliches Bedürfniß auch für das heutige Recht, welches ich in dem behaupteten Um-fang läugne, entgegengeſetzt wird, ſo iſt es die Pflicht eines Juriſten, der daſſelbe anerkennt, ihm durch eine juriſtiſch haltbare, rationale Hülfe entgegenzukommen, wobey dann auch die Unangemeſſenheit der durch das römiſche Recht ſchon gegebenen außerordentlichen Hülfe nachzuweiſen ſeyn wird. Man mißbraucht jetzt nicht ſelten das Beiſpiel der römiſchen Juriſten, um die Billigkeit gegen das Recht geltend zu ma-chen, aber man ſollte ihnen vor allem ablernen, dies auf ju-riſtiſche Weiſe zu thun; für die Geltendmachung überhaupt bedürfen wir ihres Beiſpiels nicht. Wenn ferner geſagt wird, (H. S. 229. unten), die Unterſcheidung zwiſchen dinglichen Rechten und Obligationen ſey »ohne abſolute Nothwendig-keit«, ſo kann auch dies mir nicht auffallen, aber es muß mir vergönnt ſeyn, hierüber zu ſchweigen, und für meine damit zuſammenhängenden Gründe eine Zeit oder eine Ge-legenheit abzuwarten, wo man in dieſen erſten ſyſtematiſchen Principien etwas weniger indifferent iſt. — Daß man von jeher keinen Anſtoß an dem Satze genommen habe (S. 237.), will ich gelten laſſen, nicht ſo aber, daß man deſſen unge-achtet »den eigenthümlichen Charakter der Realklagen recht wohl aufgefaßt hatte*)«. — Wenn endlich (S. 237. f.) gegen eine Behauptung der neuern Proceſſualiſten mit dem An-

*) H. legt an mehreren Orten ein großes Gewicht auf die Allgemeinheit der von mir beſtrittenen Meinung. Um mein ſolitu-dinäres Anſehen zu vermindern, iſt es mir erwünſcht, ein ſo eben erſchienenes Werk anführen zu können, deſſen Verfaſſer wenigſtens für das römiſche Recht mir zuſtimmt. S. Zimmern's Geſch. des R. P. R. 3. Band. S. 152. Not. 7. u. S. 422.

Anschein gesprochen wird, als werde damit auch gegen meine Ansicht argumentirt, so hat H. übersehen, daß dies ein für die letztere indifferenter Punkt ist. Nachdem ich nämlich in m. A. zu zeigen versucht hatte, daß die Klage mit expressa causa, wenn man dieser die fragliche Wirkung beilege, keine Eigenthumsklage mehr sey, fügte ich hinzu: wenn nun die neueren Processualisten die Angabe der causa remota als ein unumgängliches Erforderniß des Klaglibells betrachten, so würde die gemeine Meinung die Folge haben, daß es gar keine Eigenthumsklage mehr gebe. H. mag nun jenes Erforderniß bestreiten; für mein Argument aber ist es an sich gleichgültig, ob die gemeine Meinung in allen, oder nur in gewissen Fällen auf die Vernichtung der Eigenthumsklage führt. Da er mir diese Folge nicht zugiebt, so ist die Discussion über die Anzahl der Fälle, wo sie eintritt, überflüssig.

Der letzte Punkt erinnert mich daran, daß sich noch ein anderer Schriftsteller in F. A. v. Langenn's und A. S. Kori's Erörterungen 1. Theil, Nachträge S. 209. u. 210., gegen meine Ansicht erklärt hat. Wenn derselbe aus meiner Abhandlung den Satz; der Grund der Eigenthumsklage sey nicht diese oder jene Erwerbsart, sondern das Eigenthum heraushebt, und mit einem bloßen Frag- und Ausrufungszeichen widerlegt, so erreicht er damit wenigstens den Zweck, mich wegen der Erwiederung in Verlegenheit zu setzen. Er geht übrigens von dem Glauben aus, meine Abhandlung habe dasselbe Thema, wie seine Nr. XII. der Erörterungen, welche die Frage erörtert: ob die Angabe der causa petendi remota bei Realklagen ein wesentliches Erforderniß des Libells sey? Er bejaht diese Frage nach römischem und heutigem Recht, und ohne Zweifel meint er, meine Abhandlung gehe recht absichtlich darauf aus, sie zu verneinen. Nehme ich jenen Widerlegungsversuch, und dieß Zeichen von einem ziemlichen Mangel an Einsicht in den Gegenstand seiner Un-

tersuchungen zusammen, und halte dazu noch die Unkenntniß des römischen Rechts, welche Nr. XII. verräth, weshalb ich beispielshalber auf die Interpretation der L. 14. §. 2 h. t. daselbst S. 104. ff., und auf den Ausdruck causa debendi remota, der zweimal (S. 109. u. 111.) für den Erwerbsgrund des dinglichen Rechts gebraucht wird, verweise, so kann ich diesen Schriftsteller nicht für competent halten, mich in Bausch und Bogen auf eine »gehörige Beachtung der wesentlichsten Prozeßgrundsätze« zu verweisen. Noch viel weniger freilich ist seine Competenz hinsichtlich der römischen Juristen begründet, welche seiner Meinung und (leider nicht mitgetheilten) Interpretation noch das »Criterium der eadem quaestio offenbar in L. 5. 7. §. 4. L. 11. §. 1. und L. 30. pr. h. t. hintangesetzt« haben.

Es wäre eine Undankbarkeit, diesen Aufsatz zu schließen, ohne der humanen Weise des Gelehrten, dessen Entgegnung denselben veranlaßt hat, anerkennend zu gedenken. Ich habe in meiner Erwiederung ohne Rückhalt gesagt, was und wie es mir für meine Sache passend schien, doch habe ich des stillschweigenden Bundes nicht vergessen, der unter allen wahren Bekennern einer Wissenschaft, ihre speciellen Ueberzeugungen mögen seyn, welche sie wollen, besteht.

Nachtrag
zur Verbesserung von Cajus IV. 43.
von
Demselben.

Herr Prof. Unterholzner hat neulich in der Tübinger Zeitschrift (VI. 1. S. 39) bei Gelegenheit der Klenze-Böcking'schen Synopsis folgendes geäußert:

»Bei IV. 43. hat sich der Herausgeber bei der Feststel-»lung des Textes durch Puchta bestimmen lassen. Eine »Gegenbemerkung, die ich an die Herausgeber des rhei-»nischen Museums schon vor geraumer Zeit eingesandt »habe, wird, wenn sie gedruckt seyn wird, ohne Zwei-»fel den Herausgeber überzeugen, daß er Unrecht daran »gethan hat: es trifft sich nämlich zufällig so glücklich, »daß sich hier die richtige Lesart auf eine jeden Zweifel »niederschlagende Weise aus den Spuren der Handschrift »herausbringen läßt."

Die Existenz der unterholzner'schen Ansicht habe ich erst aus dieser „ohne Zweifel" zuversichtlichen Ankündigung, ihre Beschaffenheit erst aus dem dritten Heft des rhein. Mus. 3. Jahrg. S. 419. f. kennen gelernt, ein Umstand, der, obwohl ich Mitherausgeber dieses Journals bin, bey meiner Entfernung von seinem Ursprung niemand auffallen wird

Puggé hat a. a. O. gegen die Emendation Unterholzner's das nöthige bemerkt, den Zweifel aber, den dieser gegen die meinige oder die Blume'sche (denn Blume hat sie sehr wesentlich verbessert) erhoben hat, hat er nicht beseitigt. Dadurch erhält die letztere ohne ihre Schuld einen Schein von Unsicherheit, der es entschuldigen mag, daß von dieser Sache noch einmal in diesem Museo geredet wird.

Es giebt drey Arten von Condemnationen, welche Cajus IV. 48—51. angiebt und mit Beyspielen belegt: 1) condemnatio certae pecuniae. 2) cond. incertae pecuniae cum taxatione 3) cond. incertae pecuniae infinita.

Von diesen drey Arten von Condemnationen und zwar in derselben Ordnung giebt Cajus IV. 43. nach meiner Emendation die Formularien für die Condemnatio als pars formulae, was schon zum voraus keine geringe Empfehlung für diese Verbesserung wäre, selbst wenn keine Züge in der Handschrift sichtbar wären.

Nun vergesse man nicht, daß Cajus in unserer Stelle von der condemnatio als pars formulae spricht. In die For-

mularien, die er dafür giebt, durfte er somit nichts aus demjenigen hereinziehen, was in einer andern pars formulae seinen Platz hat, wenn es auch zur Verurtheilung wesentlich gehört, wie denn überhaupt die verschiedenen Theile der Formel in Beziehung auf einander stehen und einander voraussetzen. Mit andern Worten: es ist zu unterscheiden zwischen der Condemnation im materiellen Sinn, die natürlich immer einen Gegenstand haben und namentlich pecuniaria seyn muß (davon spricht Cajus §. 48. ff), und der Condemnatio im formellen Sinn, das heißt, der pars formulae, die in der Formel ihre abgesonderte Stelle hat. (Davon spricht C. §. 43.) Im §. 51. giebt Cajus das Beispiel der materiellen cond. infinita, und zwar bei einer formula in factum concepta wohl deshalb, weil hier auch in formeller Hinsicht die Condemnatio mit dem vorausgehenden mehr verschmolzen ist); hätte er die form. in ius concepta gewählt, so würde er hier gesagt haben: quidquid ob eam rem N.N. A.A. dare facere oportet id iudex N.N. A.A. condemnato et rel. Im §. 43. giebt er von demselben Fall das Formular für die Condemnatio im formellen Sinn, als pars formulae, und in diese fallen in der That von jenen Worten nur die folgenden: iudex N.N. A.A. condemnato et rel., also gerade die, welche der §. 43. nach meiner Emendation enthält*). Denn der Gegenstand der Condemnatio fällt in die Intentio, nicht in die Condemnatio. Mit den dazu passenden Beispielen von der Demonstratio und Intentio in §. 40. u. 41. macht unser Beispiel in §. 43. eine vollständige Formel aus.

Der Einwurf Unterholz'ners, daß diese Condemnatio ja keinen Gegenstand habe, beruht also auf einem auffallenden Irrthum über das, wovon im §. 43. die Rede ist. Ohngefähr mit demselben Recht, als man sagt, diese Condemnatio habe keinen Gegenstand (sie hat ihn in den vorausgehenden partes formulae), könnte man auch gegen das erste, unbestrittene Beispiel des §. 43. (Iudex N. N. A. A. ss. x. m. condemna etc.) einwerfen, dieß sey ja eine Condemnatio ohne Demonstratio oder Intentio oder Adjudicatio, es sey eine sola condemnatio, die nach §. 44. a. E. nicht möglich sey.

*) Denn das Wörtchen id, welches in der vollen Formel die Condemnatio mit der Intentio verbindet, muß natürlich wegfallen, so wie die Condemnatio außer dieser Verbindung, als abgesonderte pars formulae, gegeben werden soll.

Vom

wechselseitigen Testament, Testament bey Gütergemeinschaft, und von dem auf eine fremde Erbschaft gelegten Fideicommiß.

Beschluß des Aufsatzes über „Erbvertrag ꝛc."

von

Hasse.

---

32. Stellen wir die beiden Fragen, welche wir im vorigen Heft am Schluß dieser Erörterung verlassen, noch einmal vor uns hin.

A. Ist hier nicht doch die Absicht gewesen, daß jeder der Ehegatten über das ganze beiderseitige Gut testiren wollte, so daß also auch die Substitution nicht theils eine zwiefache obgleich in Eins gefaßte Erbeinsetzung oder Vulgar-Substitution, theils eine Substitutio obliqua so wie es oben (S. 262.) dargestellt worden, sondern daß sie durchaus ein Fideicommiß, was jeder für den Fall, daß er zuerst sterben würde, auf das beiderseitige Vermögen, wie es beym Tode des Letztlebenden vorhanden seyn werde, theils aus eigner Willkühr, theils mit Bewilligung des Andern, legte, seyn sollte. Und wenn dieß die Absicht war: jeder wollte testiren, nicht blos über das eigne Gut, sondern auch über das Gut des Andern mit Bewilligung desselben, konnte das gültig

seyn, und ist dem eine juristische Wirkung beyzulegen?

B. Wenn dieser wechselseitig verbundene Wille etwa ungültig seyn sollte; erhält er nicht durch die Antretung des Ueberlebenden volle Kraft und Gültigkeit?

Die folgende Erörterung wird über diese beiden Fragen zusammen Auskunft geben.

33. Wenn zwey Ehegatten in allgemeiner Gütergemeinschaft mit einander leben, und diese mit gesammter Hand ein Testament errichten, so hat dieß einen ganz eignen Sinn, denn hier ist es die Eine Person, wozu sie vereinigt sind, welcher das ganze Vermögen, es mag nun hergekommen seyn von welcher Seite es will, es mag nun ursprüngliches Vermögen des Mannes oder der Frau gewesen seyn, zugehört, und welche über dasselbe nun testirt [1]. Wer in diesem Ver-

[1] Daß man in neuerer Zeit große Neigung bewiesen hat, diesen Begrif der ehelichen Gütergemeinschaft, wie ich ihn in meinem kleinen Buch: „Revision der Theorie von der ehel. G. G." folgerecht durchzuführen gesucht hatte, ganz zu verlassen, ist mir recht wohl bekannt. Allein grade die Gründe, welche so viel ich habe beobachten können, dazu bewogen hatten, haben mich bewogen dabey zu verharren. Theils waren sie historisch, theils dogmatisch, und im letztern Falle rührten sie nur daher, weil man aus dem Grundbegrif mehr schloß, als daraus wirklich folgt, und so in Absurditäten und dem wirklichen Recht fremde Sätze hineingerieth Es ist nicht der Ort hier das zu zeigen, aber ich behalte es mir vor. Nach meinem Dafürhalten kann nur ein lediglich historischer Streit und zwar darüber seyn, ob schon im 13ten Jahrhundert oder wie man nun die alte Zeit bestimmen will, der Begrif sich zeigt, wenn auch nicht deutlich gedacht, und schon im Princip ausgedrückt, doch dunkel empfunden und in den Folgerungen ausgedrückt, oder ob davon damals gar nichts vorhanden war? Denn daß ihn die Doctrin und der Gerichtsgebrauch und selbst hie und da die neuere Gesetzgebung ausgeprägt, wenn auch zuweilen auf eine ziemlich ungeschickte Weise angewandt hat, ist unverkennbar, und so mag sich dieses Institut so gut wie der Erbvertrag durch neuere Jurisprudenz, wie es auch ganz in der Ordnung ist, einigermaaßen verwandelt und umgestaltet haben, so daß man sagen kann, daß eine Specification damit vorgegangen sey, und es kommt nur darauf an, daß keine Verbildung und keine doppelten Glieder an diesem neuen Körper geduldet werden; daß man ihn darum, weil er damals ein anderer gewesen, in seine rohe Unform oder in seine durch die Zeit zerstörte Form wieder zurückbringen und umgießen will, ist ein eben so geistloses als vergebliches

mögen der juristischen Person nachfolgen soll, wenn sie nun durch den Tod des Einen der Ehegatten aufgelöst wird, ob der Ueberlebende, oder wer sonst, das können sie durch ihren Gesammtwillen beide bestimmen. Setzen sie den Ueberlebenden zum Erben ein, so können sie ihm auch einen indirecten, wie einen directen Substituten ernennen, und dieses Universalfideicommiß gilt für das ganze Vermögen, was die juristische Person nachläßt, und was nur unjuristisch, wenn gleich in einem sehr natürlichen Sinne ein Nachlaß des Erstverstorbenen genannt werden kann, indem es so aufgefaßt werden muß, wie es bey dem Tode desselben vorhanden ist. Das Fideicommiß kann dann so gestellt werden, daß nur das, was beym Tode der Erben vorhanden seyn wird, oder so, daß die ganze Gesammtmasse, wie sie bey Auflösung der G. G., also beym Tode des Vorverstorbenen war, künftig herausgegeben werden soll. Der testatorische Gesammtwille kann dieß nach Gefallen modificiren.

34. Aber auch noch eine andere Art, wie bey allgemeiner Gütergemeinschaft testirt werden kann [2]), ist möglich. Nehmen wir an, das Statut bestimmt, wenn Einer der Ehegatten stirbt, soll der Ueberlebende die Hälfte, die nächsten

Unternehmen. Niemand hat aber einen ärgern Fehlgriff gethan, als der gute Freund, welcher mir brieflich einmal zu verstehen gab, daß die alten Statuten doch von meiner Gütergemeinschaft nichts wüßten, und mir es daher zum Vorwurf machte, daß ich in meinem Güterrecht römischer Ehegatten zu Anfang (§. 8. in f.) davon geredet hätte; und doch wird dort nur davon, als von einem möglichen und denkbaren Institut gesprochen; oder ist es etwa auch nicht möglich, ist es gar nicht denkbar, daß zwey Ehegatten mit einander Eine juristische Person ausmachen?

2) Wie ohne Testament succedirt werden müsse, ob der Ueberlebende nun das Ganze für sich erhalte, auch der Proprietät nach, oder ob er mit den Verwandten des Verstorbenen zu theilen habe, darüber läßt sich aus dem Begrif gar nichts ableiten, darüber müssen, wie bey Intestaterbfolge überhaupt, der ja nirgends eine ratio iuris zum Grunde liegt, die Statute oder die Verträge entscheiden. Schwiege einmal die Urkunde ganz darüber, so würde es doch nicht an Wahrscheinlichkeit und Analogie fehlen. Daß der überlebende Ehegatte niemals leer ausgehn werde bey wahrer G. G., das kann man mit eben der Sicherheit erwarten, wie man vorhersehn kann, daß

Verwandten des Verstorbenen, was der teutsche Sprachgebrauch so oft »seine Erben« oder »die Nächsten« nennt, die andre Hälfte bekommen. Nun ist jedem Ehegatten für sich gestattet, durch ein Testament dieß in so weit zu ändern, daß er in demselben andre Personen bestimmt, die an die Stelle jener Verwandten treten, und die er nun testamentarisch für seine Nächsten erklärt, obgleich sie es nach dem Gesetz nicht sind. Er kann auch so seinen Verwandten nur einen Extraneus oder einen entferntern Blutsfreund zugesellen, oder einen von jenen herausheben, und ihm alles, d. h. die ganze Hälfte geben. Auch seinem nachlebenden Ehegatten kann er d i e s e Hälfte geben, und ihn so zum heres ex asse der juristischen Person machen. Dann kann er aber auch Substitutionen aller Art, aber nicht hinsichtlich der ganzen Gesammtmasse, sondern nur der einen Hälfte derselben vornehmen; und da wird dann freilich immer diese Hälfte so verstanden, wie sie in dem bey seinem Tode vorhandenen Gesammtvermögen enthalten ist. Jeder der Ehegatten kann für sich so testiren, sie können es aber auch wechselseitig, da hat aber denn jeder doch nur über die eine Hälfte, die nach seinem Tode seinen Verwandten zufallen würde, testirt; denn über die andre Hälfte kann er gar nicht letztwillig verfügen, da diese seinem Ehegenossen durch das Gesetz unfehlbar zugesichert ist. Die in Teutschland herrschend gewordene Testamentsfreiheit hat dieß mit herbeygeführt, und man darf darum noch gar keine ideellen Theile während der Ehe annehmen, das sieht nur so aus, indem die Theilung die erst nach dem Tode eintreten soll hier gleichsam anticipirt wird. Freilich nach reiner Consequenz wird hier über eine aliena hereditas, nämlich über den Nachlaß der juristischen Person

kein verständiges Recht die Kinder von der Erbschaft des Vaters ausschließen wird, obgleich auch dies aus einem juristischen Grundbegrif nicht abzuleiten ist. Daß unsre Doctrin sich eine Zeit lang verlief, indem sie dieß hinsichtlich der Beerbung bey G. G. versuchte, ist wohl schon, wie man hoffen darf, in die Vergangenheit zurückgetreten.

testirt, aber dieß **muß** hier des praktischen Bedürfnisses wegen gestattet werden, und auch eine strenge, und nur nicht ganz ungeschmeidige Theorie legt sich das leicht zurecht, während das ganze Verhältniß im römischen Recht, das doch auch das singuläre aber höchst consequent durchgeführte Recht einer Pupillarsubstitution kannte — nicht erhört war. Römisches und ursprünglich Teutsches Recht haben sich hier organisch verbunden, ohne daß anfangs die Jurisprudenz viel dazu gethan hat, diese muß denn nun den Stoff, wie er jetzt vorhanden ist, rein auffassen und verarbeiten.

35. Sehen wir nun aber unsern Fall an, so kommt bey demselben weder jenes Testament der gesammten Hand, noch dieses Testament der Hälfte irgend zur Rede; da in den Akten sich nirgends eine wahre Gütergemeinschaft der beiden testirenden Eheleute zeigte, sondern im Gegensatz dieser separirtes Gut allenthalben vorausgesetzt wurde. Demnach testirte Jeder derselben über sein eignes besonderes Vermögen, ganz im eigentlich römischen Sinn; es kann also dies auch gar nicht anders als nach römischem Recht beurtheilt werden, da unser Testamentsrecht römisch ist, und nichts Germanisches sich findet, was hier hineinschlüge, außer daß hier ein Erbvertrag seyn könnte, wie er es dießmal nicht ist, und daß auch ein wahres römisches Testament hier reciprok seyn kann. Es fragt sich also: kann hier der Ehegatte, der über sein eigenes Vermögen testirt, zugleich über das des Andern mit dessen Bewilligung testiren, und hat das nach römischem Recht Gültigkeit? Diejenigen, welche die Gültigkeit behaupteten, haben diese doch immer, wenn sie sich nicht in das nahe Gebiet der Erbverträge verirrten, und dann auch gleich die unwandelbare Treue der Teutschen citirten, — aus dem römischen Recht herleiten wollen.

36. Ehe wir diese Frage nach Testamentsrecht beurtheilen, wollen wir eine Auskunft, welche man, um der Frage **auszubeugen** ergriffen zu haben scheint, und die sich vor-

züglich bei französischen und belgischen Schriftstellern findet [3]) näher ansehn. Wenn Ehegatten so wechselseitig über daß beiderseitige Gut verfügten, so, meinen sie, müsse das als mortis causa donatio angesehn werden, und so rechtfertige sich alles schon nach römischem Recht von selbst. Dabey werden denn zwey Sätze zum Grunde gelegt: [4])

3) Merlin Questions: Testam. conionct. p. 288 etc.

4) Damit auch andere sich an dieser juristischen Feinheit versuchen können, wollen wir die eignen Worte von Pollet, recueil d'arrêts du parlement de Douay P. I. §. 32. hierher setzen: »C'est un principe dont il n'est pas permis de douter, que le testament conionctif demeure révocable par le survivant, pour ce qui regarde la disposition de ses biens, à moins que les testateurs n'aient expliqué qu'ils disposaient chacun de tous les biens, tant de l'un que de l'autre, ou que cela ne résulte de la disposition. — Lorsque les testateurs disposent chacun généralement de tous les biens, l'un de l'autre, le testament devient irrévocable par la mort du premier mourant, en vertu du consentement qu'ils se donnent mutuellement de disposer des biens l'un de l'autre. *On peut donner, à cause de mort, les biens d'un autre; et lorque, celui dont on donne les biens, consent à la donation, il est censé les donner lui-même à cause de la mort du vrai donateur;* si l'on aime mieux, son consentement a la force d'un contrat. De quelque manière qu'on le prenne, *il est certain que la donation devient parfaite et la chose donnée passe de plein droit au donataire par la mort du donateur.* On peut donner à cause de la mort d'un autre; et cette espèce de donation dépend de la mort, tant du donateur, que de celui cuius mortis causa donatum est, mais d'une manière différente. Pendant la vie de l'un et de l'autre, le donateur retient la faculté de révoquer la donation: si celui dont la mort est mise en condition meurt le premier, la donation devient parfaite, *et la chose donnée passe de plein droit au donateur*: si le donateur mort le premier, la donation devient parfaite à l'égard de ses héritiers; la liberté de la révoquer ne passe point à eux, parcequ'elle est consommée par la mort du donateur; mais la donation demeure en suspens, jusqu' à la mort de celui cuius mortis causa donatum est. Et si le donataire meurt aussi avant l'évenement de cette condition, il ne transmet aucun droit à ses héritiers, et la donation demeure absolument anéantie«. Es werden nun Stellen aus dem corpus iuris romani angeführt, und dann wird noch einmal wiederholt: »lorsque par un testament conionctif chacun dispose tant de ses biens que de ceux du survivant, chacun donne tant à cause de sa mort, que de celle du survivant« — So viel wird hier immer von den Vertheidigern dieser Theorie verlangt, daß es aufs deutlichste erhellen müsse (»il doit conster evidemment«), sie hätten Einer über des Andern Güter verfügen wollen. Es sey nicht genug, daß sie sagten, sie testirten mit wechselseitigem Consens, wenn sie nicht hinzufügten, sie testirten über alle Güter und so auch jeder über des Andern Gut.

1) man kann Todes halber die Güter eines Andern verschenken, wenn dieser einwilligt, denn dann werde dieser Einwilligende so betrachtet, als schenke er selbst auf den Tod des wahren (»du vrai donateur«) Schenkers. Eine solche Einwilligung könne man aber auch nach Belieben (»si l'on aime mieux«) und den Wirkungen nach als einen Contrakt ansehn.

2) Man kann schenken eben so gut auf den Tod eines Andern, als auf seinen eignen Tod. Thue man das, so hänge die Schenkung sowohl von dem Tod des Schenkers als dem des Andern ab. Sterbe der Letztere zuerst von den Beiden, und auch vor dem Beschenkten, so werde die Schenkung niemals vollkommen und fest, denn die Bedingung, worauf die Schenkung einmal gestellt sey, gestatte dieß nicht. Sterbe dagegen der Schenker zuerst, so werde die Schenkung zwar unwiderruflich, denn sein Erbe dürfe nicht widerrufen, allein sie könne doch noch zurückgehn, nämlich wenn der Beschenkte vor dem Andern sterbe, dessen Todes halber die Schenkung geschehen sey.

37. Soll nun auf diese Weise das Resultat gewonnen werden, welches jene Schriftsteller gefunden zu haben glauben, daß durch den Tod eines der beiden Erblasser die Schenkung aller der Güter unwiderruflich wird, so muß man hier eine verdoppelte Schenkung eines jeden der beiden Vermögen denken, nämlich so:

A schenkt seine eignen Güter auf den Tod des B, und B schenkt sie mit seiner Einwilligung, also doch wohl in A's Namen, auf den Tod des A.

B schenkt seine eignen Güter auf den Tod des A, und A schenkt sie mit B's Einwilligung wieder auf den Tod des B.

So wird hier also dieselbe Sache von dem Einen geschenkt, dem sie wirklich gehört, und im selbigen Akt schenkt sie ein Andrer mit seiner Bewilligung; folglich indem

man selbst schenkt, läßt man einen Mandatar für sich schenken.

38. Daß man sich auf diese Weise die rechtliche Möglichkeit benehme, ein Testament zu machen, hätte immer durch die freilich irrige Voraussetzung, welche sonst die Franzosen machen 5), daß ein Erbvertrag über Singularsuccession, die denn hier nur in Masse vor sich geht, auch schon nach römischem Recht gültig sey, oder dadurch beseitigt werden können, daß bey jeder Todes halber geschehenen Schenkung der Widerruf für den Fall, da der Beschenkte nur den Schenker überlebt, ausgeschlossen werden könne 6). Statt dessen beruft sich aber auch Pollet lieber auf den aus einem andern Autor geschöpften Gemeinspruch: »maiores nostri nihil prius, nihil antiquius existimaverunt, quam fidem datam servare« und fügt nur hinzu: »nos ancêtres ont préféré la gloire de garder leur parole à cette vaine considération.«

39. An diese Darstellung des Allgemeinen wird in Merlin's Questions ein besondrer Fall gehalten, wo in einem dem Lütticher Particularrecht unterworfenen District zwey Ehegatten so testirt hatten, daß der Letztlebende alles Gut bis an seinen Tod behalten, dann aber der Bruder der Frau mit seiner Ehegattin das ganze Gut erben sollte. Die Worte dieser Erbeinsetzung lauteten:

> »ils instituent héritiers universels *dans tous leurs biens* meubles et immeubles, Etienne etc.

Am Ende war noch gar die Clausel hinzugefügt:

> daß sie sich vorbehielten den Widerruf, aber »conjointement et non séparément« 7).

5) Rh. Museum III. 1. S. 18.
6) Rh. Museum II. 3. S. 337. S. 366. Nr. 2. u. 4.
7) Die Behandlung dieser Sache in den verschiedenen Gerichten zeigt, wie wenig auch in dortiger Gegend über den Gegenstand unsrer Untersuchung feststand. Aber gerade die beiden Ansichten, worunter man, wie mich dünkt, allein die Wahl hatte, wenn nicht unter den in Frage stehenden Ehegatten wahre Allgememeine Gütergemeinschaft galt, was doch aus dem dort erwähnten „droit de mainplevi“

Es ist merkwürdig, daß bey Merlin a. a. O. dieß, so ausführlich es auch vorgetragen wird, doch nur unter den

des Mannes so wenig als aus der äußern Gütergemeinschaft des
Sachsen- und Schwaben-Spiegels (Zeitschr. f. gesch. R. W. IV. 2.) ge-
schlossen werden konnte — grade diese fehlen, nämlich entweder jeder
der Ehegatten wollte über sein Gut testiren, aber sie verbanden sich
dazu, dieselben Erben einzusetzen, und so drückten sie sich so aus,
als wenn sie zusammen über das Ganze disponirten, ohne sich aber
gültig zu binden, oder aber sie schlossen einen Erbvertrag für sich
und ihre gemeinsamen Erben. Aus dem ersten Gesichtspunkt ange-
sehn, wäre dann ein reciprokes und correspectives Testament gewesen
wie ich es in unserm Falle annehme; nach der letztern Ansicht wäre
die Unwiderruflichkeit gleich von Anfang der Errichtung an vor-
handen gewesen, und dafür ließ sich in dem damaligen Fall wegen
der Clausel, sie wollten nur „conjointement et non séparément“ wi-
derrufen, vieles sagen (vgl. Rh. Mus. II. 2. S. 205. rc.); allein man
fragte immer nur, ob nicht durch den Tod des vorversterbenden
Ehegatten die Verfügung unwiderruflich werde, hielt also wenigstens
diese Vorstellung nicht fest. Dagegen finden sich nun fast alle übrigen
nur möglichen Ansichten, und zwar

1) das Civilgericht zu Charleroy (erste Instanz) sah es als
ein wahres Gesammttestament der Einen juristischen Person und also
die Einsetzung zur zweiten Hand als ein Fideicommiß dieser an,
es hielt dafür „que les conjoints étant *solidairement* (!) propriétaires
des biens l'un de l'autre, et étant réputés ne faire *qu'un en deux*
personnes, ils doivent aussi être réputés ne faire qu'*un seul testa-*
ment indivisible“. Also die obige (Nr. 32.) Ansicht untermischt mit
der alten falschen Theorie von einem dominium duorum in solidum
(meine Revision der Theorie v. d. eh. G. G. §. 10.).

2) Der Apellationshof in Brüssel faßte den Fall ungefähr so auf,
wie im Text erörtert worden, als hätten die Ehegatten (durch Schen-
kung Todeshalber?) „confusement et indivisement de la masse en-
tière de leurs biens“ disponirt, durch die Klausel hätten sie sich „une
obligation“ aufgelegt, nach Lütticher Gewohnheitsrecht (nicht nach dem
Lütticher Statut Cap. 10. Art. 4. 5. wo einseitiger Widerruf dadurch
nur dann ausgeschlossen wird, wenn Kinder vorhanden sind, son-
dern gegen dasselbe) sey ein Verzicht auf das Recht zu testiren recht-
lich möglich; geschehe dieses, wie hier, wechselseitig, so werde er
durch den Tod des Einen unwiderruflich.

3) Die unter 2. bemerkte Ansicht scheint sich auch im Cassations-
hofe zu Brüssel am Ende geltend gemacht, und dieser wieder doch
auch auf die Clausel das größte Gewicht gelegt zu haben, um auf
eine Unwiderruflichkeit durch den Tod des Einen erst bewirkt, also
doch nicht auf einen wahren Erbvertrag zu kommen. Allein Mer-
lin's Ansicht war so wenig dieß, als alles vorher Erwähnte: alles
das kommt nur bei ihm als ratio dubitandi vor. Er faßt vielmehr eine
Ansicht von *Voet* Commentar. ad P. L. 23. t. 4. n. 63. über ehel. G. G.
auf, wornach jedem Ehegatten die Hälfte des Gesammtguts
zugehören soll. Das, meint er, sey auch hier so gewesen, und so
habe jeder über seine Hälfte für sich testirt, die Klausel aber sey wegen

rationes dubitandi vorkommt, und man erfährt nicht recht, ob er sich in diese subtilste der Subtilitäten eben so wenig wie wir zurecht zu finden wußte, oder ob er nur glaubte, daß in dem damaligen Fall kein solches Ueberkreutzverfügen im eminentesten Sinn in der Absicht gelegen habe.

40. Auf unsern Fall nun aber diese Theorie anzuwenden, wird wohl niemand versucht seyn, der sich klar gemacht hat, was Schenkung Todes halber sey, und daß sie einen eignen Erwerbsakt bey Lebzeiten des Schenkers, bey Sachen Tradition (oben II. 3. S. 325 u. 366 n. 1. 2.), wovon hier gar nichts vorkam, voraussetzt. Es ist auch so ganz klar, daß hier eine wahre Erbeinsetzung und Substitution, theils directe, theils indirecte geschehen war. Wer wollte sich auch wohl ein solches kleines juristisches Ungeheuer als jene wun-

des römischen Rechts ganz ungültig. Ein überkreutz testiren, wie bey jener ersonnenen m. c. donatio, ließe sich hier auch denken, aber indem Merlin seine endliche Meinung sagt, wird dieß gar nicht mehr beachtet. Wohl aber wird dieß nach Voet mit dem Fall verglichen, da zwey Condomini ihren Fundus an einen Dritten verkauften, wo denn doch nur jeder seine Hälfte verkauft habe. Wie irrig diese ganze Ansicht sey, welche bey ehel. G. G. ideelle Theile während der Ehe annimmt (vgl. oben No. 33), wie wenig sie auch in jedem Sinne verstanden auf den damals vorgelegten Fall paßte, wo gar nicht von Hälften die Rede war, und wie so gar nicht die eben erwähnte Vergleichung zu jenem Resultat führen kann, bedarf keiner Auseinandersetzung, aber in so fern hat sie etwas Wahres, als man sieht, ein gemeinsames Verfügen setze noch nicht voraus, daß man auch über das verfügen wolle, was an demselben Gegenstande, und das kann ja auch eine Erbschaft als Universitas seyn, dem Andern allein gehört. — Die Vorstellung, daß erst durch die Erbantretung das Testament unwiderruflich geworden, kommt hier auch unter den Rationes dubitandi nirgends vor. — Der als Praktiker gewiß mit Recht so berühmte Referent äußert sich am Ende fast empfindlich darüber, daß sich die nicht sehr überwiegende Mehrzahl (»multis contradicentibus«) gegen seine Ansicht der Sache erklärt habe (p. 295. a. in f.). So war schon immer das reciproke Testament gleichsam ein Zankapfel der Juristen und Gerichte. In den damaligen Fall hatte die Gesetzgebung der Revolution über Testamente und Fideicommisse wunderbar hineingewirkt, wornach sich die Entscheidung immer ganz anders biegen mußte, wie in unserm Fall, allein das interessirt uns eben deshalb hier nicht, es lohnt aber sehr die Mühe, das bey Merlin selbst nachzulesen, der es vortrefflich dargestellt hat.

derbare Composition von eigentlich vierfacher Schenkung aufreden lassen? Es ist nur erbaulich zu sehen, wie man sich auf die mannigfaltigste Weise ordentlich abgequält hat, um nur die graden Wege zu vermeiden, die allein zum Ziele führen konnten. Es ist, wenn ich mich dieses Gleichnisses bedienen darf, den Juristen hier ergangen wie jenem erkrankten Thiere, das sich immer im Wirbel herumdreht, statt das gesunde Futter zu genießen, was ihm von allen Seiten geboten wird. Lassen wir also das.

41. Ist denn nun was wir vor uns haben ein Testament, so steht dem wechselseitigen Verfügen über das Gut des Andern entgegen, daß jeder nur für sich selbst ein Testament machen kann, nicht für einen Andern. Bey den Römern konnte wohl niemand auf den Gedanken kommen, daß dieß mit Bewilligung des Andern für ihn geschehen, oder jemand durch einen Bevollmächtigten sein eignes Testament aufrichten könne, am wenigsten, daß er es zugleich selbst und durch einen Andern, den er dazu potestivirte, thun könne. Von diesem entschiedenen Grundsatz giebt es nur die eine Ausnahme in ihrem Recht, wo ein Vater für seinen unmündigen Sohn in der Gewalt, der denn auch nicht gefragt wird, pupillariter, oder Eltern für ihr wahnsinniges Kind, wo gar keine Einwilligung möglich ist, quasi pupillariter testiren, welches Letztere bekanntlich auch erst Justinian einführte. Daß das nun aber im strengsten Sinn ein ius singulare sey, wer könnte dieß verkennen? Selbst für seinen Erben kann niemand testiren, auch nicht so weit er das Vermögen von ihm selbst bekommen hat. Folglich der eine Ehegatte kann nur für sich und über seinen eignen Nachlaß letztwillig verfügen, nicht zugleich für den Andern, wenn dieser es auch gegenseitig mit ihm und seinem Nachlaß eben so machen wollte, wenn auch nach Uebereinkunft.

42. Aber, wendet man ein, man kann doch ein Fideicommiß auf eine fremde Erbschaft legen,

sogar auf die eines Dritten, um so mehr auf die seines Erben. Das ist in unserm Fall, könnte man denken, grade geschehn. Jeder hat den Andern zum Erben eingesetzt, und auf dessen Erbschaft, mit Einschluß dessen, was er von ihm bekommen, ein Universal-Fideicommiß gelegt. Ueber Fideicommisse, die auf fremde Erbschaften gelegt werden, ist vor reichlich zehn Jahren eine Inaugural-Dissertation von einem Verwandten (jüngern Bruder?) des uns allen wohl bekannten Heise geschrieben worden [8]). Ich würde es dabey bewenden lassen, mich auf diese genaue und gründliche Schrift zu beziehen, da sie den ganzen Gegenstand viel ausführlicher abhandelt, als es hier am Ort ist, wenn sie nicht, nach meinem Dafürhalten zwey Fehler hätte, einmal daß der höchste Grundsatz, worauf es hier ankommt, sich in die Mitte derselben (§. 17.) verloren hat, wogegen ein schon abgeleiteter Satz an die Spitze (§. 5.) gestellt wird, und dann, daß mehrere Pandektenstellen, die gewiß von einem solchen Fideicommiß reden, eines grammatischen Skrupels wegen davon entfernt worden sind, obgleich sie grade erst rechtes Licht darüber verbreiten.

43. Das Princip nämlich, welches hier an die Spitze gestellt werden muß, ist das so eben ausgesprochene: jeder kann nur für sich selbst ein Testament machen, d. h. im weitesten Sinne nur über seine eignen Vermögensverhältnisse, de re sua, wie es schon in den XIItafeln enthalten war [9]), durch letzten Willen verfügen. Dieß fällt auf keine Weise mit dem Satz zusammen, daß durch einen letzten Willen niemand mehr onerirt als honorirt werden kann; denn das Princip geht zunächst auf Erbeinsetzung, wo allerdings mehr onerirt als honorirt werden kann. Erbeinsetzung geht nicht auf Gewährung von Gütern, sondern auf Stellvertretung des Erblassers durch den Erben in allen Vermögensverhältnissen, wo

8) H. A. Heise de aliena hereditate instituenda. Getting. 1818.
9) Gaius II. 224.

nur eine solche Stellvertretung der Natur der Sache nach möglich ist [10]). Diese Stellvertretung kann mit sich führen, daß der Erbe mehr Schulden zu bezahlen hat, als ihm an Gütern gewährt worden, ja es ist denkbar, daß ihm nur Schulden hinterlassen werden, es kann ja seyn, daß dem Erblasser nicht die Kleider auf dem Leibe gehören, da er denn ganz allein onerirt wäre ohne allen Ersatz. Allein nur die eignen Schulden des Erblassers sind es, die so übertragen werden können; fremde Schulden kann er ganz unmöglich in seine eigne Repräsentation hineinziehn. Ein Andres ist, wenn er dem Erben durch Vermächtniß auflegen kann, eine fremde Schuld zu bezahlen, sobald nur Ersatz ist, das gehört aber noch nicht hieher. Keiner andern Person aber außer sich selbst, kann er einen Erben setzen, nicht Fremden, nicht seinen Kindern, nicht seinem eignen Erben, so wenig für den Theil der künftigen Erbschaft desselben der von dem Testator selbst herrührte, als für das ursprüngliche Vermögen des Erben [11]); auch nicht indirect kann er es dadurch, daß er ihnen verbietet, sich selbst einen Erben zu ernennen [12]), und so die Intestaterbfolge auszuschließen. Dieß beweist grade die erwähnte Pupillar-Substitution mit ihrer Nachahmung bey wahnsinnigen Kindern, als eine in strengen Grenzen [13]) gehaltene Singularität welche nur vom Miles hinsichtlich des von ihm selbst herrührenden Vermögens [14]) überschritten werden durfte; dieß beweisen die Aushülfen, die man anwandte, um wenn dergleichen einmal versucht worden war, den letzten Willen, so weit es gehn wollte, aufrecht zu erhalten. Von diesen eine der schlechtesten ist dünkt mich die von Justinian in L. ult. C. de hered. instit. gewählte. Zuerst wird freilich der Fall

10) Rhein. Mus. II. 2. S. 211. N. 11. rc.
11) Gaius II. 184. 277.
12) L. 77. §. 24. D. de legat. II. L. 74. pr. D. ad SCt. Trebell.
13) §. 8. J. L. 7, 14. D. de (vulg. et) pupill. subst.
14) L. 15. D. de vulg. et pup. subst.

so gestellt, als wäre einem Dritten, der Plotius hieß, ein Erbe ernannt schlechthin, und Justinian mogte Recht haben, daß es gar zu gütig seyn würde, dieß so auszulegen als habe der Erblasser sich selbst einmal aus Grille Plotius nennen wollen. Nachher aber nimmt er an, der Testator habe den Plotius zuförderst zu seinem Erben ernannt, und dann diesem seinem Erben den Sempronius wieder zum Erben gesetzt.

Plotius heres esto.
Sempronius Plotii heres esto.

Die Institution des Sempronius war ungültig, wollte man sie aber aufrecht erhalten, so scheint es war es das Natürlichste, es so zu machen, wie Paulus in L. 74. pr. D. ad Sct. Trebell. mit folgender Verfügung eines Testators an seine Tochter, die er mit ihrem Bruder zusammen in seinem Testament bedacht hatte:

mando tibi non testari, donec liberi tibi sint,

er behandelt dieß nämlich wie ein Fideicommiß auf den Theil seiner Erbschaft gelegt, welchen er der Tochter hinterlassen hatte, zum Vortheil ihres Bruders [15]. Bey der Erbernennung für den Plotius ist die Absicht dem Dritten die Erbschaft künftig zu verschaffen noch klarer als bey dem Gebot eines negativen Verhaltens. Justinian macht es aber ganz anders, er will, es soll das als eine Vulgarsubstitution angesehen wurden. Daran dachte der Testator hier

15) Daß Papinian L. 77. §. 24. D. de legat. II. in einem ähnlichen Fall die Verfügung ganz verwirft: quod non *de pecunia sua* testari, sed obtentu consilii *derogare iuri* testamentum fieri prohibendo voluerit, rührt gewiß daher, weil der Fall nur ähnlich aussieht, indem gar nicht ersichtlich ist, daß er einen Fideicommissar im Auge hatte, dem er die Gunst erzeigen wollte, vielmehr aus den eignen Worten erhellt, daß er die Beschränkung der Erbin an und für sich, vorgeblich aus Aengstlichkeit für ihr Wohl, beabsichtigte; wie dieß auch schon längstens Andre verstanden haben. S. den Text dieser beiden Parallelstellen unten S. 509 u. 510. — Vgl. Rhein. Mus. II. 2. S. 210. Not. 76.

ganz gewiß gar nicht, aber er hätte daran denken können, und da hätte er denn vermuthlich gewollt, daß derselbe Sempronius, den er sogar zum Erben seines Erben hatte machen wollen, um so mehr sein eigner Erbe würde, wenn er an Jenem gar keinen Erben bekäme. Diesen Schluß zugegeben, so ist doch so viel gewiß, daß der eigentliche Wille des Erblassers, das was er vor Augen gehabt und beabsichtigt hatte, gänzlich vereitelt wird; denn tritt nun Plotius an, so hat Sempronius nichts zu hoffen.

44. Also einem Andern einen Erben zu ernennen, ist gegen alle ratio iuris, wenn es nicht ein unmündiges Kind in der Gewalt oder ein wahnsinniges Kind ist. Daß man es mit Bewilligung dieses Andern thun könne, davon ist keine Spur, es ist immer der Testator in Person, der sein Testament macht, kein Andrer als Mandatar desselben, darauf deuten alle Formalitäten, darauf der Satz, daß letztwillige Verfügungen nicht in das Arbitrium eines Dritten gestellt werden können [16]), obgleich das freilich nur sehr indirekt hieher gehört. Allein die L. 74. cit. zeigt schon daß bis auf einen gewissen Punkt dasselbe durch ein Fideicommiß erreicht werden konnte, und so spricht auch Gajus II. 184. und 277. darüber. Es kommt nur darauf an diesen gewissen Punkt zu einem bestimmten Punkt zu machen. Jedes Fideicommiß ist ein secundäres Verhältniß, da die Erbantretung der Restitution vorangehn muß, alle secundären Verhältnisse aber im Testamentarrecht haben die Regel, daß niemand mehr onerirt als honorirt werden darf. Diese ist aber eine bloße Folgerung aus dem höhern Princip, daß jeder nur über sein eignes Vermögen testiren könne. Seitdem es beym Fideicommiß eine Universalsuccession, und demnach eine Repräsentation zur zweiten Hand gibt, ist es möglich einen Fideicommissar mehr zu oneriren als zu honoriren,

16) L. 32. D. de hered. inst. — — testamentorum iura ipsa per se firma esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere.



aber doch nur mit den eignen Schulden, nicht mit den ursprünglichen Schulden des Erben oder den Schulden eines Dritten, denn das wäre nicht mehr de pecunia sua verfügen: es kann diese Ueberlast nur dadurch entstehen, daß sie in der primären Repräsentation schon enthalten war, und nun auf die secundäre übergeht. So wie nun der Testator dem Erben keine diesem eigne Schulden abnehmen und sie in der Restitution dem Fideicommissar auflegen kann; so kann er auch auf der andern Seite dem Erben nicht gültig zur Pflicht machen, daß er in der Restitution von seinen ursprünglich eignen Gütern zu der Erbschaft des Testators etwas hinzulege, denn das hieße wieder über ein fremdes Vermögen testiren und dieses in seine Erbschaft hineinziehn: folglich kann er aus diesem Grunde nicht den Universal-Fiduciar ultra vires propii patrimonii belästen. Wenn daher Gajus §. 184. cit. bemerklich machen will, dem Erben, der nicht impubes in der Gewalt sey, könnten wir zwar nicht substituiren, d. h. einen folgenden Erben ernennen, aber ihm doch die Restitution durch Fideicommiß auflegen, so beschränkt er dieß auf hereditas *nostra* vel tota vel ex parte, und die *ea* hereditas tota vel ex parte in §. 377. cit. ist nichts andres, als dort die nostra hereditas. Dasselbe tritt dann weiter bey allen Legaten und Singular-Fideicommissen ein: niemand kann hier mit mehr beschwert werden, als ihm gegeben worden [17]). Es ist das mehr als bekannt, aber es liegt daran, es einzusehen, daß der Grund nirgends zu suchen ist, als in dem Princip, daß man nur über eignes Vermögen testiren kann. Durch Legat und Sin-

17) L. 73. §. 5. in f. L. 17. D. ad L. Falcid. L. 18. §. 1. D. de testam. milit. L. 12. C. eod. — L. 114. §. 3. D. de legat. I. L. 70. D. de legat. II. Gaius II. 261. §. 1. J. de sing. reb. per fideic. L. 6. §. 1. D. de legat. III. L. 94. §. ult. L. 95. D. de legat. I. L. 1. §. 17. D. ad SCt. Trebell.—L. 12. pr. D. de legat. II. L. 3. §. 1. D. ad L. Falcid.

gular-Fideicommiß will man reines Gut, nicht Gut mit Schuld vermischt, das könnte nur per universitatem geschehen, übertragen und gewähren, man will schenken [18]), folglich muß reines Gut da seyn, und wer dieses herausgeben soll, der muß es empfangen haben. Daher helfen keine Privilegia gegen die Lex Falcidia gegen diesen Satz [19]), und der Testator, der den Abzug der Quart nach Justinian. Recht verbieten kann, kann doch nicht verbieten, erst die Schulden von der Masse gänzlich abzuziehen, ehe es an die Auszahlung der Vermächtnisse kommen kann; und selbst wo dieses Verbot wäre, würde doch kein Erbe sich durch die Erbantretung verbindlich machen, auch das privilegirteste Legat zu zahlen, wenn die Erbmasse durch die Schulden des Erblassers erschöpft wäre [20]). Selbst wenn der Erbe durch einen Accord mit den Gläubigern etwas gewonnen hat, wird ihm dieser Gewinn nicht einmal angerechnet, um ihn zur Zahlung der Vermächtnisse zu verpflichten, wenn die Erbschaft selbst insolvent war [21]). Einem Sklaven, dem die Freiheit im Testament geschenkt wurde, kann gar kein Vermächtniß dieses Geschenks wegen aufgelegt werden [22]), so unschätzbar dasselbe auch für ihn war, aber eben weil es unschätzbar war, und ihm kein Vermögen vom Testator gewährt wurde, obgleich seine eigne Person als Vermögensstück dem Nachlaß entzogen wurde. Sollte das anders seyn, so würde der Testator hier immer über fremdes Vermögen verfügen. Ein jeder weiß, wie schwach der Einwurf seyn würde, daß man doch seinem Erben auf-

18 Rhein. Mus. a. Not. 10. a. D.

19) L. 17. D. ad L. Falcid. L. 18. §. 1. D. de testam. milit. cit. L. 80. de legat. I.

20) Nur erst nach Novellenrecht tritt dieß zuweilen zur Strafe ein, wenn kein Inventarium errichtet worden.

21) L. 3. §. 1. D. ad L. Falcid. cit.

22) L. 94. §. 3. D. de legat. I. cit.

legen kann, seine **eigne** Sache, ja eine **ganz fremde**, die er erst anschaffen muß, als Vermächtniß herauszugeben, ja ihn für den Vermächtnißnehmer Schulden desselben bezahlen zu lassen, und ihm so fremde Schulden aufzuhalsen durch Vermächtniß, da der Testator doch durch das Mittel der Erbeinsetzung wie gezeigt worden bloß **seine** Schulden auf ihn bringen kann; denn es ist bekannt, daß er das alles gültig nur thun kann, wenn er dem Belasteten dafür Ersatz (Deckung) in seinem eignen Vermögen gewährt [23]), **und so im Grunde über Eignes und nur äußerlich über Fremdes verfügt hat.** In dieser Hinsicht wird die ganze Erbmasse als eine pecunia (Geld-Quantität) angesehen. Was so einzeln gegeben wird, ist nur eine kleinere Summe aus dieser großen. **Es scheint** zuweilen dieß anders zu seyn, z. B. wenn jemanden **Geld** vermacht wird, damit er seinen eignen Sklaven manumittire, seine eigne Sache herausgebe, und er nimmt das Geld an, so muß er manumittiren und herausgeben, wenn er auch dabey verlieren sollte [24]); der Grund ist aber, weil nur eine Schätzung seinen Verlust darthun könnte, er aber durch Annahme des Legats seinen Sklaven selbst geschätzt und mithin so gut wie verkauft hat. Daher es gleich anders ist, wenn ihm aufgelegt wurde, einen **fremden** Sklaven zu manumittiren, die Annahme des Legats verbindet ihn hier nicht, mehr für die Freiheit des Sklaven aufzuwenden, als er empfangen hat, denn **er** hat ihn nicht zu schätzen, sondern der Herr desselben [25]). Aber auch dann ist es anders, wenn er den eignen Sklaven schätzte, aber sich über den Werth des Legats, wie über den Kaufpreis

23) §. 1. J. de sing. reb. cit. aus Gaius II. 261. — — Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamenta ceperit, nam quod amplius est inutiliter relinquitur.

24) L. 24. §. 12. D. de Fideicommiss. heredit. L. 36. pr. D. ad L. Falcid. L. 70. §. 1. D. de legat. II.

25) L. 24. §. 12. cit. L. 36. cit. §. 1.

irrte [26]). Er kann dann noch das Legat aufgeben und seinen Sklaven behalten. Es scheint auch wohl einmal, daß dieß gelte unabhängig von dem Princip, daß es keinem zustehe über Fremdes letztwillig zu verfügen, aber auch dieß ist nur Schein, z. B. L. 1. §. 17. C. ad SCt. Trebell.: 400 ist die Erbmasse, 300 sind vermacht, der Erbe soll an Sejus die Erbschaft restituiren, nachdem er, wie der Erblasser verfügte, 200 abgezogen hat. Die Falcidia ist hier auf alle Weise gewahrt, da sie weder durch die 300 Legat (100 als 1/4 ist übrig gelassen), noch durch das Univ. Fideicommiß (200 Abzug von 400) verletzt ist. Die Restitution geschieht hier also aus dem Trebellinianischen SCt. per universitatem und darnach gehen Legate wie Schulden auf den Fideicommissar über. Da hier nun die ganze Erbschaft per universitatem übergeht, denn der Abzug von 200 an sich bewirkt keinen theilweisen Uebergang, nicht so als wenn die Restitution nur pro parte dimidia aufgegeben wäre; so gäbe das nach der Strenge das Resultat, daß der Fideicommissar 100 mehr bezahlen müßte, als er selbst bekommen, da er die Falcidische Quart nicht abziehn kann, und so hätte der Erblasser so weit über dessen und nicht über sein eignes Vermögen verfügt, mögte man das nun zum Vortheil des Erben oder der Legatare denken. Daher ward es so eingerichtet, daß nur auf 2/3 der 300 gegen den Fideicommissar, auf 1/3 gegen den Erben die Klage wirklich gegeben wird, und so geht jener schadenfrey aus, und der angegebene Grund:

> neminem oportere plus legati nomine praestare quam ad eum ex hereditate pervenit, quamvis Falcidia cesset, ut rescripto D. Pii continetur,

ist auch hier im unserm Princip gegründet.

45. Dieß musten wir uns hier in der Kürze anschau-

26) L. 24. cit. §. 16.

lich machen, um die zunächst hieher gehörige Frage in ihrer ganzen Wichtigkeit zu empfinden: wie es denn zu erklären sey, wenn es sich nun doch wirklich unverkennbar ausweist, daß auf die Erbschaft des Erben, ja auf die Erbschaft eines Dritten ein Fideicommiß gelegt, und zwar unter Umständen gültig gelegt seyn kann? Wie kann dort in der Erbschaft des Testators Ersatz seyn, da sie schon in der Erbschaft des Erben bey seinem Tode enthalten ist, und also in und mit dieser zu restituiren seyn würde? Wie kann vollends hier über die ganze Erbschaft eines Dritten verfügt werden, ernennt man hier nicht wirklich diesem Dritten einen Erben nur in einer andern Form? Und wenn nun etwas dieser Art doch gelten soll, ist es Universal-, ist es Singular-Succession, die hier vor sich geht? Dieß sind die Fragen, die sich uns von selbst aufdringen, und die daher genauer zu untersuchen sind.

46. Wenn I) das Fideicommiß auf die Erbschaft des Erben gelegt ist, so entsteht hier noch erst eine Frage nach der Form, wie dieß geschehen kann. Die allgemeine Codicillarform, wie sie jetzt Statt findet, haben wir hier nicht im Auge, ehmals und noch zur Zeit der Klassiker waren Fideicommisse keiner Art an irgend eine Form gebunden. Aber es kommt hier ein besondrer Ausdruck vor, den man wohl als eigne Form oder eigne Gestaltung ansehn kann. Wir wollen die Texte selbst, die dieß enthalten, da ihre Worte einer Interpretation bedürfen, hier so zusammenstellen, wie sie sich sachlich und wörtlich einander wechselseitig erläutern und aufklären:

L. 114. §. 6-8. D. de legat. I. Marcian. lib. 8. Inst.

Ut quis heredem instituat aliquem, rogari non potest, plane Senatus censuit, perinde habendum, atque si

L. 74. D. ad SCt. Trebell. Paul, lib. 2. decretor.

Qui filium et filiam habebat, testamentum fecit, et ita de filia sua caverat: *ἐντέλλομαί σοι μὴ διατίθεσθαι,*

rogasset *hereditatem* restituere.

Quid ergo si heres post mortem *suam* rogatus fuerit *hereditatis suae partem* quartam restituere. Verius esse existimo, ut et Scaevola notat, et Papirius Fronto scribit, valere fideicommissum, atque si *de hereditate sua* restituenda rogatus esset; et eatenus restituenda est, *quatenus hereditas testatoris patitur secundum vulgarem formam iuris.*

Sed si liberos *suos* emancipari rogatus fuerit, non cogitur hoc facere, *potestas enim patria inaestimabilis est.*

L. 17. pr. §. 2. 3. D. ad SCt. Trebell. Ulpian. lib. 2. fideicommiss.

Ex facto tractatum est, an per fideicommissum rogari quis possit, ut aliquem heredem faciat? Et senatus censuit, rogari quidem quem,

c

πρὶν τέκνα σοι γενέσθαι (mando tibi non testari, donec liberi tibi sint). Pronunciavit Imperator, Fideicommissum ex hac scriptura deberi, quasi per hoc, quod *prohibuisset eam testari*, petiisset, ut fratrem *suum* heredem faceret, sic enim accipiendam eam scripturam, ac si *hereditatem suam* rogasset eam restituere.

L. 77. §. 24. D. de legat. II. Papinian. lib. 8. Responsor.

Mando filiae meae pro salute sollicitus ipsius, ut quoad liberos tollat, testamentum non faciat, ita enim poterit sine periculo vivere: fideicommissariam hereditatem sorori coheredi non videri relictam, apparuit; quod non *de pecunia sua* testari, sed obtentu consilii derogare iuri, testamentum fieri prohibendo, voluit.

L. 70. §. 2. D. de legat. II. Papinian. libro 20. Quaestion.

Quum quidam filio suo ex parte herede instituto, patruum eius coheredem ei dedisset, et ab eo petisset, ut filium *suum* pro virili portione filiis *suis* coheredem

ut aliquem heredem faciat, non posse, verum videri per hoc rogasse, ut hereditatem *suam* ei restituat, id est quicquid ex hereditate *sua* consecutus est, ut ei restitueret.

§. 2. Non tantum autem si heredem quem scripsero potero rogare, ut heredem faciat aliquem, verum etiam si *legatum* illi, vel *quid aliud reliquero*, nam *hactenus* erit obligatus quatenus *quid ad eum pervenit* (Flor. erunt obligati — ad eos).

§. 3. Si quis caverit (Fl. caveret): »peto ut illi des«, aut: »illi Eideicommissum relinquas«, aut: »illi libertatem adscribas«, admittenda sunt, nam quum in heredum institutione senatus censuit utile, de ceteris quoque idem erit accipiendum.

L. 41. §. 3. *D. de vulg. subst. Papinian. lib.* 6. *respons.*

Quodsi heredem filium pater rogaverit, si impubes diem *suum* obierit, Titio hereditatem *suam* restituere, legitimum heredem filii salva Falcidia cogendum *patris* faceret, si quidem minus esset in virili portione, quam fratris hereditas habuit, nihil amplius peti posse, quodsi plus, *etiam fructuum* quos patruus percepit, vel quum percipere potuerit dolo non percepit, habendam esse rationem, responsum est: *non secus, quam si centum legatis* rogetur post tempus maiorem quantitatem restituere.

L. 24. §. 19. 20. *D. de fideicommissar. libertat. Ulpian. lib.* 5. *fideicommiss.*

Si cui legatum sit relictum, isque rogatus sit servum proprium manumittere, et id quod legatum est praestare, an fideicommissaria libertas praestanda sit? — —
Plane si forte post tempus fuerit rogatus restituere sibi legatum relictum, dici potest, propter *medii temporis fructum* cogendum eum manumittere.

Si rogatus quis alii centum praestare, si *tantum ex fructibus* fundi perceperit, *quantum est in fideicommisso*, cogendum eum praestare.

hereditatem, ut ab impubere fideicommisso post mortem eius dato, restituere placuit. Nec aliud servandum, cum substitutionis conditio puberem aetatem verbis precariis egreditur. — — Nec fideicommisso *propriae facultates* filii tenebuntur. Et ideo si pater filium exheredaverit, et ei nihil reliquerit, *nullum* fideicommissum erit. Alioquin si *legata vel fideicommissa* filius acceperit, intra modum eorum *fideicommissum hereditatis a filio datum* citra Falcidiae rationem debebitur.

Sic fit, ut sit in pendenti fideicommissum pecuniarium et fideicommissae libertatis praestatio.

47. Es ist hier besonders der Fall zu betrachten, da der Testator seinen Erben ersucht, einen Dritten wieder zu seinem Erben zu ernennen. Die Stellen, welche davon handeln und hier herausgestellt worden sind, hat man von der Frage, ob man auf die Erbschaft des Erben ein Fideicommiß legen könne, und was dieß, wenn es geschehe, für Wirkungen habe, ganz entfernen wollen, weil nach bekannten grammatischen Regeln die Construction es mit sich bringe, unter *sua* hereditas hier nicht heredis hereditas, sondern testatoris hereditas zu verstehn. Liest man aber alle die hervorgehobenen Stellen unbefangen durch, so wird man wohl nicht glauben, daß sich auf große Genauigkeit im Gebrauch dieses Pronomen personale, wie sie von unsern Grammatikern verlangt wird, bey den römischen Juristen hier zu verlassen sey. Die feinste Ermäßigung der grammatischen Regel mögte nicht ausreichen, die Unregelmäßigkeit in diesen

Texten, namentlich in dem Papinianischen der L. 70. regelmäßig zu machen. Ursache genug, vor allem die Sache selbst in ihren Gründen zu erfassen.

Daß eine solche Zwangsbitte, jemanden zum Erben einzusetzen, an und für sich ihres Zwecks verfehlen mußte, versteht sich von selbst, aber nur weil man Niemanden die Freiheit nehmen darf, sich nach eignem Sinn und Gefallen ein Testament zu machen. Freilich wer arm ist, kann nicht testiren, und arm stirbt, wer nichts mehr hat, als was ihm ein Andrer hinterließ mit der Auflage es nach seinem Tode zu restituiren. Aber kein Testator kann vorher wissen, ob sein Erbe nicht viel erwerben wird über das hinaus, was er von ihm empfing. Das alles bekommt aber des Erben Erbe, und dieses einer bestimmten Person zu gewähren, dazu kann er nicht genöthigt werden, weder durch ein Gebot, die bestimmte Person einzusetzen, noch wie in L. 74. durch ein Verbot zu testiren zum Nutzen eines bestimmten Intestaterben: das wäre immer so gut als ein Testament machen für seinen Erben. Das erkannte auch die Jurisprudenz und das Senatusconsult an; aber dieses wollte doch durch eine benigna interpretatio helfen. Wie ward denn nun die Sache aufgefaßt, wenn eine solche Zumuthung an den Erben geschehen war, er möge sich künftig den Titius zum Erben ernennen? Fragen wir einmal, was war hier der Sinn des Erblassers, wenn wir ihn entkleiden von der Form einer Bitte um Erbeinsetzung? Offenbar wollte er, daß nicht allein sein Vermögen, sondern auch das ursprüngliche Vermögen des Erben, und was dieser hinzuerwerben würde, nach dessen Tode an den Titius kommen möge. Dieß konnte nun nach unserm Princip nur in so weit erreicht werden, als im Nachlaß des Testators Deckung war. Nun scheint aber dieser Nachlaß hier allein sich selbst zu decken, und so wäre dieß gar nicht anders, als wenn er ganz einfach den Erben ersucht hätte, diesen Nachlaß, als seine eigne,

des Testators, Erbschaft an den Titius herauszugeben, und was weiter in der rogatio, ut Titium heredem instituat, dem Sinne des Testators nach lag, würde gestrichen. Dieß ist aber doch nicht ganz so. Wenn Jemand auf seine eigne Erbschaft ein Fideicommiß legt, so gehören zwar die ante aditam hereditatem gezogenen Früchte mit zur Erbschaft, dagegen die nach der Antretung gezogenen »non hereditati sed ipsis rebus accepto feruntur«, und so sind diese, wenn nicht mora dazwischen tritt, gar nicht Object der Restitution, so wenig als was der Erbe singulari titulo bekommen, sie werden ihm aber eben deshalb in die Falcidische Quart gerechnet, da er sie als Erbe lucrirt, und zwar iudicio testatoris [27]. Wollte der Erblasser aber mehr als diese seine Erbschaft im strengsten Sinne zur Restitution stellen, und entsteht also die Frage, ob für dieses Amplius Deckung ist in seinem Nachlaß, so werden gleich alle Früchte, auch die nach der Antretung percipirten, so wie alle Emolumente, die die Erbschaft in der Zwischenzeit, da der Erbe noch nicht zur Restitution gehalten war, aus sich selbst erzeugt und wodurch sie sich vergrößert hat, z. B. wenn die servi hereditarii einen Erwerb gemacht haben, auch post aditam hereditatem [28] in dieselbe hineingezogen, und so der Begrif der Erbschaft selbst erweitert. Dieß zeigt sich schon in den Fällen, wo einem Legatar ein stärkeres Fideicommiß aufgelegt worden, als das Legat an sich tragen kann. Nur der Vortheil, den zufällig das Legat gewährt kann nicht zur Deckung dienen, wohl aber alles was an Früchten oder sonst occasione testamenti dem Legat zugewachsen ist [29].

27) L. 18. §. 2. L. 27. §. 1. D. ad SCt. Trebell. Hätte der Erbe gleich restituiren sollen, kam aber doch nicht in moram, weil er nicht gemahnt wurde, so wird ihm dieß nicht in die Quart gerechnet, da er es „negligentia petentis“, nicht „iudicio testatoris“ lucrirt.

28) L. 27. §. 1. cit.

29) L. 70. §. 1. D. de legat. II. Si centum legatis duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videbitur constituisse, si autem *post tempus* fideicommissum relictum sit, *usurarum* duntaxat

Nach dieser Analogie wird es beurtheilt, wenn auf den ganzen Nachlaß des Erben, also mit Einschluß seiner ursprünglich eignen Güter, das Fideicommiß gelegt wird; theils wird hier ausdrücklich gesagt, daß die Früchte der Zwischenzeit den Gegenstand des Fideicommisses mit ausmachten, theils kommen gleiche oder ähnliche Ausdrücke vor, um zu bezeichnen, daß auf dergleichen Emolumente und nicht weiter sich das Fideicommiß erstrecke: »quatenus ad eum pervenit«; »quicquid ex hereditate testatoris consecutus est«, »intra modum eius quod ex testamento consecutus est«, »quatenus hereditas testatoris patitur«, alle diese Ausdrücke bezeichnen hier alles das, was als zur Deckung dienend betrachtet werden kann, wenn der Testator über den gewöhnlichen Begriff seiner Erbschaft hatte hinausgehen wollen. Unstreitig gehört denn auch noch dahin, wenn er dem Erben nebenbey noch etwas singulari titulo gewährte, z. B. ihm ein Prälegat oder Singular-Fideicommiß von seinem Miterben hinterließ: auch dieß ist Deckung, wenn der Erblasser über die in der heredis institutio gemeinhin enthaltenen Güter hinausging, und eigne des Erben hineinzog, und so kann man noch immer von ihm sagen, was **Papinian** in d. L. 77. für den Fall eines Verbots zu testiren verlangt, quod de pecunia sua testatus est.

48. Dieß muß nun vor allen Dingen so rechtens seyn, wenn der Testator es gradezu sagt, daß das Fideicommiß

additamentum admittetur, nec mutanda sententia erit, quod forte legato percepto magnum emolumentum *ex aliquo negotio* consecutus est, aut poenam stipulationis imminentem evasit L. 24. §. 22. 14. D. de fideicomm. libert. — (Si alienum servum quis rogatus sit manumittere) non alias erit cogendus, quam si tanti possit redimere, *quantum ex iudicio testatoris consequutus sit*. §. 14. Plane si forte minus relictum est alicui, verum crevit legatum ex aliqua causa, aequissimum erit tanti eum cogi redimere, *quantum ad eum pervenit*, nec causari debere, quod minus illi relictum sit, cum creverit eius legatum per testamenti occasionem, nam etsi ex mora fructus usuraeve fideicommisso accessissent, dicendum est libertatem praestandam. S. oben §. 19. 20. eiusd. leg.

mit auf die ursprünglich eignen Güter des Erben gerichtet seyn solle. Ein solcher Fall kommt vor in L. 15. §. 3. D. ad Leg. Falcid. Ein Großvater war seinem Enkel eine beträchtliche Summe als Tutor schuldig, diese machte das Vermögen des Enkels aus. Er setzte denselben zum einzigen Erben ein, gab ihm aber auf, daß er nach seinem Tode, wenn dieser vor einem gewissen Alter erfolgen sollte, »tam hereditaria quam propria bona« restituiren möge. Ein späterer Erwerb des Enkels, sieht man, war hier nicht vorgekommen, wenigstens ist davon nicht die Rede. Es fragte sich also nur, konnte er sein Vermögen, nämlich die Schuld des Großvaters erstan rein herausziehn, da der Testator so weit über fremdes Vermögen verfügt hatte? Es lag hier gar nicht in der Idee des Erblassers, daß er die Schuld mit seinem Nachlaß compensiren wollte, er trennte vielmehr noch immer in Gedanken die Güter. Tritt nun die Bedingung des Fideicommisses ein, d. h. stirbt der Enkel, nachdem er die Erbschaft des Großvaters erworben hat, binnen des bestimmten Alters, so kommt es nun darauf an, ob die Früchte der Zwischenzeit von der großväterlichen Erbschaft jener Forderung gleich kommen, dann kann er die Summe derselben nicht herausziehn als einen Gegenstand der dem Fideicommiß nicht unterworfen ist, denn diese Früchte sind es eigentlich worüber disponirt worden. Auf Früchte und ähnliche Emolumente konnte es hier allein ankommen, denn Vermächtnisse konnten ihm von sich selbst nicht hinterlassen seyn, davon ist daher nicht die Rede. Ist hier nun also die Quarta Falcidia zu berechnen, so muß die Forderung des Erben an den Testator wie fremde Schuld erst abgezogen werden, so weit sie nicht durch die Früchte der Zwischenzeit compensirt ist, ist sie dadurch compensirt, so wird doch nicht aus dieser Summe, obgleich auch auf diese wie auf eignen Nachlaß des Erblassers (er hat nur den spätern Zuwachs hineingezogen) das Fideicommiß mit gelegt ist, sondern aus dem übrigen Nachlaß des

Erblassers die Quart abgezogen, da für diese immer die Erbschaft so taxirt wird, wie sie zur Zeit des Todes sich befand. — Einen ähnlichen Fall enthält ein andres Fragment von Papinian in demselben Titel L. 77. §. 31. Was dort die Tutelarschuld war, ist hier eine fiduciarische Schuld des Erblassers. Er sollte seinem Bruder die Erbschaft des Sejus, nach dessen Testament, bey seinem Tode restituiren. Nun setzt er diesen Bruder zum Erben ein, rogirt ihn aber, daß er sterbend nicht bloß seine, des Testators Erbschaft, sondern auch die Erbschaft des Sejus an irgend einen Dritten herausgeben solle. Hier hat er zwar nicht durch sein Fideicommiß über die ganze Erbschaft seines Bruders und Erben und über alle dessen Güter verfügt, aber doch über einen Theil derselben, nämlich so viel als die Summe der ehmaligen Erbschaft des Sejus beträgt. Es ist hier nicht zunächst über die Erbschaft eines Dritten verfügt, sondern über die Forderung seines Bruders auf die Sejus-Erbschaft, also da diese erst nach seinem Tode herausgegeben werden soll, über diesen Theil von des Erben Erbschaft. Hier war wieder die Frage, kann dieß erst rein herausgezogen werden, wie eine fremde Schuld? Ist es ausdrücklich zur Bedingung der Erbeinsetzung des Bruders gemacht, daß er seine Fideicommißforderung nicht abziehn solle, meint Papinian, so mag er sich bedenken ehe er antritt, er ist als Bruder ohnehin Erbe (dieß wird in facto vorausgesetzt), fürchtet er durch diese Verfügung über sein eignes Vermögen übervortheilt zu werden, so kann er die Erbschaft ex testamento repudiiren, und ab intestato antreten; thut er dieß nur um Schaden zu vermeiden, so ist dieß nicht gegen das Edict: »si quis omissa causa testamenti.« Es kann nicht dolus seyn, wenn er aus Scheu, mehr an eignem Vermögen so zu verlieren, als er aus dem Nachlaß des Testators gewinnen kann, die ihm aufgelegte Potestativbedingung nicht erfüllen, und lieber gar nicht Erbe werden will. Tritt er

dann freilich an, so wird das so angesehn, als habe er die Bedingung erfüllen wollen, und habe nun auf seine fideicommissarische Forderung verzichtet. Es wurde das mithin in der fideicommissarischen Cognitio in ähnlicher Art behandelt, als wenn ein Erblasser zur Bedingung der Institution machte, daß der Erbe eine Forderung an den Erblasser vorher acceptoferiren sollte: dieß mußte geschehen können, nämlich so weit an Miterben, die schon angetreten hatte, doch an Erbschaftssklaven [30]; oder als wenn eine Forderung an einen Dritten zu quittiren, oder diesem eine eigne Sache oder Summe herauszugeben Bedingung der Institution war: das war nicht Verfügung über ein fremdes Vermögen durch letzten Willen, das war gar nicht dem Erben als Erben, d. h. indem er es schon war, sondern es war ihm, während er es noch werden sollte, conditionis implendae causa aufgelegt, und dazu bedurfte es denn auch keiner Deckung in der Erbschaft, es ist das wie ein Handel, bey dem sich ein jeder vorzusehen hat. Also ist der Nichtabzug ausdrücklich zur Bedingung gemacht, und er hat angetreten, so ist er in diesem Gericht, was auf Treu und Glauben gestellt ist, gebunden, alles herauszugeben, und er zieht nur die Quart ab von dem wahren Nachlaß des Testators. Er hat sich selbst diese als Vergeltung für seine Forderung gefallen lassen. Ist dagegen nur, wie im Anfange vorausgesetzt wurde, auf die bona testatoris und auf die Sejus-Erbschaft, d. h. eigentlich die Forderung des Erben auf diese, zusammen des Fideicommiß gelegt, so ist der letztere Theil des Fideicommisses wieder nur in so fern gültig, als durch die Früchte der Zwischenzeit der Belauf und Werth dieser Erbschaft aufgewogen wird, denn nur in so weit kann man noch im ausgedehntesten

30) Bey uns, wo niemals Erbschaftssklaven sind, muß der Obrigkeit darüber cavirt werden, wie sicher bey den Römern, in Ermangelung von Miterben und Erbschaftssklaven ein servus publicus dazu, wie in ähnlichen Fällen, gebraucht werden konnte.

Sinne sagen, daß er de pecunia sua testirt hat. Die Falcidia wird hier nun aber wieder nur abgezogen von dem Nachlaß des Testators, wie er zu Zeit des Todes vorhanden war. Dieß, glaube ich, ist der vollständige Sinn der durch ihre Kürze und Eigenheit des Ausdrucks sehr dunkeln L. 77. §. 31; wenigstens hinsichtlich des letztern Punkts, der allein hieher gehört, ist alle Dunkelheit gehoben [31]).

49. Hat nun aber ferner ein Testator zwar nicht mit dürren Worten das Fideicommiß auf die Erbschaft des Erben gelegt, sondern nur den Erben rogirt, einen Dritten wieder zu seinem Erben zu ernennen; so muß doch ganz dasselbe gelten, und wirklich ist es so gut, als wenn er sich jenes Ausdrucks bedient hätte. In seinem Sinne lag unstreitig ganz dasselbe, die Form ist nur eine andre, und an sich ohne Werth, nur im Sinne des Testators und als formloses Fideicommiß soll dieß aufrecht erhalten werden, so weit es dem Recht gemäß ist, und also, wie d. L. 114. sagt: quoad hereditas testatoris patitur secundum vulgarem formam iuris, d. h. so weit die Erbschaft des Testators durch die Früchte der Zwischenzeit bis zum Tode des Fiduciars, oder wie sonst, nur irgend Deckung gewährt. Daß er die Restitution erst nach dem Tode des Erben wollte ist klar, da er diesen nur zur Institution eines folgenden Erben für sich anhalten wollte; daß er auch über mehr verfügen wollte, als über seinen eignen Nachlaß, wie er sich bey seinen eignen Tode befand, ist nicht weniger klar, sonst hätte er gesagt: ich bitte dich für meine Erbschaft, wie ich sie dir hinterlasse, den Titius zum Erben einzusetzen, das hätte denn einen testatus et intestatus gegeben, aber als Fideicommiß konnte es in diesem

31) Cujazens Auslegung ist wenn auch im Ganzen richtig, doch nicht befriedigend. — Eine dritte Stelle, wo ausdrücklich die Erbschaft des Erben fideicommittirt worden, könnte L. 77. §. 25. D. de legat II. seyn, aber diese kann hier nicht dienen, da sie bloß einen andern Punkt bestimmt, und von dem Erforderniß der Deckung nicht redet, ohne dasselbe aber auszuschließen.

Sinn aufrecht erhalten werden, und testirte der Testator als Miles, so konnte es schon an und für sich bestehn. Das wird nun aber in den vorgestellten Texten nicht vorausgesetzt, sondern es ist schlechthin und allgemein gebeten sich einen Erben zu ernennen. Man wollte also von dem Nachlaß des Erben, worin sich der Nachlaß des Erblassers mit befand, so viel hineinziehn, als nur seyn konnte. Wie viel es nun aber seyn kann, das wird durch das Recht bestimmt und zwar nach allgemeiner Regel, so viel als nur irgend Deckung ist in dem, was der Erbe von dem Erblasser hat: »quatenus ad eum pervenit.« Es ist also auch ganz einerley ob das erste »hereditas sua« in d. L. 17. pr. auf die Erbschaft des Testators oder des Erben geht, es ist doch immer wahr, daß es so gut ist, als wenn das Fideicommiß ausdrücklich auf die Erbschaft des Erben gelegt wäre, und es ist auch wieder wahr, daß es nur in so fern gilt, als es noch auf die Erbschaft des Erblassers gelegt ist; jenes betrifft den Sinn der Verfügung an und für sich, dieses die rechtliche Bedeutung, worin es aufrecht erhalten werden kann: beides, was man nun auch annehmen mögte, würde erklärt durch den Zusatz, id est quidquid ex hereditate sua consecutus est. Dieß letzte sua bezeichnet ohne Zweifel die Erbschaft des Testators, und es wird durch diesen Satz alles das zusammengefaßt, was möglicher Weise noch als Nachlaß des Verstorbenen, und als Ersatz für das fideicommittirte fremde Gut angesehn werden kann. Wollte man es sich nun gefallen lassen, daß das erste sua dennoch die Erbschaft des Erben bezeichnete, und sich etwa darauf berufen, daß in d. L. 70 dieses Pronomen in demselben Satz ganz in derselben Construction einmal den Sohn des Erblassers und dann gleich den Sohn des Erben bezeichnet, so würde die Erläuterung sagen, daß die Erbschaft des Erben doch nur so weit fideicommittirt sey, als in der Erbschaft des Testators Ersatz

sey; zieht man es dagegen vor, wie es mir allerdings besser scheint, auch das erste sua wie das zweite auf die Erbschaft des Erblassers zu beziehen, so sagt die Erläuterung: es ist dieß aber nicht so zu nehmen, als wenn schlechtweg auf die eigne Erbschaft ein Fideicommiß gelegt worden, denn da würden weder die Früchte der Zwischenzeit zwischen der Aditio und dem dies restitutionis, noch was singulari titulo von Miterben hinterlassen worden, mit hineinzuziehn seyn; wogegen hier jegliche Deckung durch die Erbschaft im weitesten Sinne das Fideicommiß rechtfertigt. Der endliche Sinn bleibt hier also, man mag wählen was man will, allemal derselbe und das Resultat ist: wo der Testator über den gewöhnlichen Begriff seiner Erbschaft hinausgegangen ist, und die eignen Güter des Erben beschwert hat, es mag dieß nun direct dadurch geschehen seyn, daß er diese Güter namentlich dem Fideicommiß unterworfen hat, oder indirect dadurch daß er dem Erben verboten hat zu testiren, (d. L. 77. §. 24) oder daß er ihm geboten hat, sich einen namhaften Erben zu ernennen (dd. LL. 114. 171.); da wird dieß doch nur in so weit aufrecht erhalten, als er auf den Grund gesehn, noch über eignes Gut verfügt hat; als eignes Gut werden aber in diesem Betracht noch angesehn, die Früchte und ähnliche Emolumente, welche die Erbschaft bis zur Restitution getragen hat: dieß ist noch sua pecunia, über welches zu testiren ihm freysteht.

50. Legen wir nun noch die einzelnen Fälle, die hier möglich sind, auseinander, so bestätigt sich dieß allenthalben, und wir können dabey zugleich die Frage, ob Singular- oder Universal-Succession Statt finde, beantworten.

1) Käme ein Testator auf den Einfall, Jemanden zum Erben einzusetzen, und ein Fideicommiß von einer gewissen Zeit an, etwa von dem Tode des Erben an, nicht auf das was er ihm hinterließe, sondern namentlich allein auf die eignen Güter des Erben zu legen; so würde dieß Fideicommiß

aller Rechtswirkung entbehren, so weit nicht die eigne Erbschaft des Testators dafür schadlos hielte. Mit dem Geldwerth seiner Erbschaft würde hier also das Fideicommiß ausgemessen, und so wäre dieß ohne allen Zweifel Singularsuccession, denn nur ganz zufällig könnte es sich ereignen, daß die Taxe der angeerbten und die der eignen Güter sich grade deckten; gewöhnlich werden entweder die eignen Güter mehr betragen, und dann sind sie nur so weit fideicommittirt als die angeerbten, versteht sich mit Einschluß der Früchte der Zwischenzeit, reichen; oder aber diese werden mehr betragen, und dann ist dieser Ueberschuß der Erbgüter auch nicht fideicommittirt. Folglich ist hier eine Quantität vermacht, folglich ist Singularsuccession.

2) Wurden alle vererbten Güter und alle eignen Güter dem ex asse ernannten Erben zu restituiren aufgelegt, wir wollen annehmen, nach seinem Tode (L. 15. §. 3. cit. — dd. LL. 114. §. 6. et 17. pr.), so gilt das Fideicommiß, es mag dieß nun ausgedrückt seyn wie es will, nur in so weit, als die Früchte der Zwischenzeit die eignen Güter decken. Näher betrachtet ist die Sache so: wurden die Früchte nicht verzehrt, sondern der Erbe schlug sie immer zu Capital an, zog Zinsen von diesem Capital, und legte die wieder auf Zinsen, so muß sein Erbe die ganze Summe hergeben, welche auf diese Weise bey seinem Tode sich gehäuft hat, und von seinen eignen Gütern gibt er denn gar nichts heraus, da ja nicht bestimmte einzelne Sachen des Erben der Testator vermachen wollte. Hier tritt am klarsten hervor, daß das Fideicommiß allein auf der Erbschaft des Testators, nur mit ihren spätern Revenüen, lastete. Hat der Erbe dagegen die Früchte verzehrt, so hat er so viel von seinen Gütern herauszugeben, als die Taxe der Früchte beträgt; ihm aber hier ein Interusurium zu berechnen, würde ganz gegen die Natur des Verhältnisses seyn, daher denn auch dessen nirgends erwähnt wird. Auf Früchte und ähnliche Emolumente, die die Erb-

schaft des Testators abwarf, ist hier aber alles zu stellen, da Prälegate bey einem heres unicus nicht zu denken sind. Das Natürlichste ist denn aber hier eine reine Universalsuccession zu denken, in die nur nach dem besondern Willen des Testators auch die Fructus post aditam hereditatem percepti hineingezogen werden. Wollte man sich aber streng an den Satz der L. 18. §. 2. halten, daß solche Früchte nicht zur Erbschaft, sondern zu den einzelnen Sache gehören, die sie hervorgebracht haben (diese Principalsachen kommen ja aber doch hier mit zur Restitution), so würde es auch wenig releviren, ob man für diesen Anwuchs der Erbschaft eine Singularsuccession annähme; denn die Hauptwirkungen des Universalfideicommisses: Zwang zur Antretung, so weit sich dieser hier denken läßt, und Uebergang aller Schulden auf den Fideicommissar träten hier doch schon der Erbschaft des Testators wegen ein, und die Schulden des Fiduciars könnten auf keinen Fall übergehn. Nach dem klassischen Recht trat hier gemeiniglich Singularsuccession ein, denn daß der Testator nichts zur Quart frey gelassen, haben wir in facto vorausgesetzt, und Zwang zur Antretung wird hier auch nicht leicht vorkommen, da bey insolventer Erbschaft das ganze Güterverhältniß bedeutungslos wäre, von welcher Zeit an auch die Restitution aufgelegt seyn mogte. So fallen hier die beiden Fälle aus, wofür allein das Pergasianische Senatusconsult das Trebellianische mit seiner Universalsuccession hatte stehen lassen. Allein die unterschiedlichen Cautionen glichen hier die Sache aus, und brachten im endlichen Effect dasselbe hervor [32]): immer war doch fideicommissa hereditas. Jetzt wird denn aber auch allemal in diese fideicommissa hereditas per universitatem succedirt.

3) Ist der Erbe auf einen Theil eingesetzt, und es ist ihm aufgelegt worden, seine ganze Erbschaft (mit Einschluß

32) Gaius II. 257.

des Angeerbten) oder auch nur einen Theil derselben, die Hälfte, ein Viertheil (d. L. 114. §. 7. d. L. 70. §. 2.) zu restituiren, was ebenfalls im Sinne des Testators lag, wenn er den Erben rogirte, sich einen Erben auf das Ganze oder auf den Theil zu ernennen; so hat der Testator doch juristisch nur über seinen eignen Nachlaß, so weit er ihn auf den Erben gebracht hat, verfügt, nur daß auch hier die Früchte der Zwischenzeit hineingehören. Allein dießmal kann noch mehr hineingehören, denn es kann ja seyn, daß er ihm Prälegate oder Sing.-Fideicommisse von seinen Miterben, kurz irgend einen Voraus hinterlassen hat, den er singulari titulo bekommt: dieß muß ohne Zweifel, so gut wie die Früchte, alles eingerechnet werden, die hereditas testatoris so wie sie auf den Erben kam, verträgt noch alles das zur Restitution zu stellen; nur natürlich kann für diese singulär hinterlassenen Sachen keine Universalsuccession zur zweiten Hand gedacht werden, es ist hier also Universal-Fideicommiß mit Singular-Fideicommiß verknüpft, wie zur ersten Hand hereditas mit Prälegat und was dem ähnlich ist. Von dem Singular-Fideicommiß kann denn aber eben so wenig, als von den Früchten, nur aus andern Gründen, die Quart abgezogen werden, wohl aber von der zu restituirenden Hereditas im strengsten Sinn (d. L. 41. §. 3. in f.).

4) Wer auch nicht zum Erben eingesetzt ist, dem aber ein Legat oder ein Singularfideicommiß, oder wie es nun seyn mag etwas singulari titulo aus der Erbschaft des Testators zugekommen ist, dem kann von diesem auf die eigne Erbschaft, welche bey seinem Tode durch diese Gabe vermehrt seyn wird, ein Fideicommiß gelegt werden, mag es nun gradezu geschehn oder durch ein Gebot oder Verbot Erben einzusetzen (d. L. 17. §. 2. iunct. LL. 74. et 77.); eben so kann ihm aufgelegt werden in einem Codicill oder Testament aus seinem eignen Nachlaß einem Dritten ein Legat oder Fideicommiß oder wie es nun seyn mag etwas zu geben und zuzuwenden (d. L. 17. §. 3.): immer ist dieß juristisch so zu

interpretiren, daß es auf die eigne Gabe, die der Testator diesem seinem Legater rc. gewährte, zurückgeführt, und dabey nur die Früchte der Zwischenzeit als möglicher Gegenstand seiner Verfügung, als in einem gewissen Sinne, obgleich lange nach seinem Tode entstanden, noch immer »pecunia sua«, allemal mit eingerechnet werden. Immer aber, auch wenn die Erbschaft des Erben dem nächsten Gedanken des Testators nach zum Gegenstand des Fideicommisses gemacht wurde, wird durch dieses ganz allein Singularsuccession bewirkt, und auch nach klassischem Recht war hier auf keinen Fall fideicommissaria hereditas, denn es steht beständig eine singuläre Gabe dazwischen, und im Sinne des Rechts ist es nur diese mit ihren Accessionen der Zwischenzeit, welche mit dem Fideicommiß beschwert werden konnte.

5) Möglich ist allerdings auch, daß man einem Universalfideicommissar auf solche Weise und mit demselben Erfolg ein Fideicommiß auf seine eigne Erbschaft legt. Dieß ist denn fideicommissaria hereditas zur zweiten, jetzt immer Universalsuccession zur dritten Hand, die sich aber nur rechtfertigen läßt durch das was aus den Gütern des Testators an den zweiten Successor, der so verpflichtet werden soll, gekommen ist, also es hat dieß nur Kraft, »quatenus hereditas testatoris patitur secundum vulgarem formam iuris.»

In allen Anwendungen bestätigt sich also unsre Ratio juris, daß niemand weiter, als seine eignen Güter reichen, letztwillig verfügen kann und darf.

51. Eine interessante Frage, die diese Untersuchung mit früheren Theilen dieser Abhandlung verknüpft, ist noch die, ob Schenkungen Todes halber wie Vermächtnisse und Früchte in solchen Fällen als etwas »quod ad eum pervenit« angerechnet werden. Dieß ließe sich sogar bey einem heres ex asse denken, der mit einem solchen Fideicommiß beschwert würde. Hier treten, wenn ich nicht irre, die

Schrötersche und meine Theorie auseinander, oder wenigstens gewährt die meinige mehr Sicherheit, wenn man die Frage schlechthin bejat. Schon daß wir über den Grund, weswegen eine m. c. donatio mit einem Fideicommiß belegt werden kann, nicht einig sind (Rh. M. III. 3. S. 384 rc.), scheint mir nicht unerheblich in diesem Betracht. Doch wenn sich hierüber Einigkeit schaffen ließe, so macht es auf jeden Fall einen Unterschied, daß der Testator in den jetzt vorliegenden Verhältnissen nicht besonders zu erkennen gegeben hat, daß er die Schenkung in die Erbschaft, worauf er ein Fideicommiß legte, habe hineinziehen wollen (Rh. M. a. a. O. S. 387. g. d. Ende). Legte er schlechtweg auf seine Erbschaft eine Fideicommiß, so kann es keinen Zweifel leiden, daß die Schenkungen T. h. nicht hineingehören, da dieß nur die eigentliche hereditas trifft, wohinein auch die Prälegate pro parte coheredum nicht gehören. Wo dagegen der Testator auch die eignen Güter des Erben angriff, da müssen nach den Interpretationsgrundsätzen, die in meinem Aufsatz entwickelt und Rh. M. S. 410. 411. daselbst zusammengestellt sind, auch die dem Erben m. c. geschenkten Sachen den ihm hinterlassenen Vermächtnissen gleich zur Deckung dienen. In der Natur einer m. c. donatio liegt nichts was diesem widerstrebt, wie man denn doch schon daraus ersieht, daß sie mit einem Fideicommiß besonders beschwert werden kann. Die herausgestellten Gesetze sind nicht entgegen, sie sprechen freilich von hereditas, und allerdings in die hereditas, selbst wenn man die Legate darunter begreift, gehören solche Schenkungen nicht, sie sind nicht wie jene Zerstückelungen der Erbschaft (Rh. M. S. 387. i. d. M.); allein hereditas wird hier schon in einem besonders ausgedehnten Sinne genommen, nach vorne hinsichtlich der spätern Früchte, warum nicht auch rückwärts hinsichtlich der m. c. donationes. Diese sind letztwillig (S. 387. cit.), sie gehören also in einem weniger strengen Sinne zum Nachlaß; der Ausdruck: »quid aliud

reliqueros in d. L. 17. §. 2. und der gleich darauf gleichbedeutend gebrauchte: »quatenus quid ad eum pervenit,« passen vollkommen auf sie (vgl. Rh. M. a. a. O. S. 381. ꝛc.); es ist auch ja klar, daß der Testator so viel als nur nach dem Recht irgend seyn konnte, in sein Fideicommiß hineinziehn wollte, und was könnte denn das Recht dagegen haben, welches wenigstens in reinem Zweifel die m. c. donationes den Vermächtnissen gleich stellte? Fragt man dann noch, ob eine unwiderruflich gegebene Schenkung Todes halber, ferner ob eine widerruflich gegebene Schenkung unter Lebenden, endlich ob eine regelmäßige Schenkung unter Lebenden, die aber mit der Bedingung gegeben worden, daß sie erforderlichen Falls in die Falcidische Quart eingerechnet werden solle, — hier Ersatz für das eigne Gut des Erben gewähren; so mögte ich die beiden ersten Fragen bejahen und die letzte verneinen. Da aber diese Fragen streng genommen nicht hieher gehören, so enthalte ich mich, auch mit Rücksicht auf meine Aeußerung im vor. Heft S. 417 am Schluß, alles weitern Details.

52. Der Vorwurf des Ungehörigen ist aber ebenfalls zu fürchten, wenn nun II) noch beantwortet werden soll, wie es zu nehmen sey, wenn auf die Erbschaft eines Dritten ein Fideicommiß gelegt ist, denn in dem vorgelegten Fall eines wechselseitigen Testaments kann dieß gar nicht gedacht werden. Allein es liegt hier zu sehr an der zuverlässigen Einsicht, daß alle diese Fälle von dem Princip der Gebundenheit des Testators an eignes Vermögen regiert werden, als daß es füglich übergangen werden kann. Wem aber daran nicht liegt, der wolle es denn als eine nützliche Beygabe nicht verschmähen. Daß hier nun nicht etwa einem Extraneus ein Erbe ernannt, oder ihm auf sein Vermögen als seine Erbschaft ein Fideicommiß gelegt werde, ergibt sich von selbst, wenn man nur die Möglichkeiten durchgeht, wie ein solches Fideicommiß vorkommen kann:

1) Weder der Erblasser noch der Erbe hat die fremde

Erbschaft geerbt; sie ist aber durch den Tod des Extraneus entstanden, und nun wird dem Erben zur Pflicht gemacht, sie zu restituiren. Dieß ist wohl allerdings zulässig, aber unstreitig in keinem andern Sinn, als wie man eine fremde Sache vermachen kann. Der Erbe muß die Erbschaft kaufen, und wenn er dieß nicht kann, den Geldwerth derselben herausgeben. Es ist hier ein Aggregat fremder Einzelnheiten vermacht; also ist Singularsuccession, und es kann natürlich nur in so weit gelten, als in der eignen Erbschaft des Testators Ersatz ist.

2) Dem Erben ist außer der Erbschaft des Testators auch noch die Erbschaft des Extraneus angefallen, und auf diese letztere, nicht auf die eigne hat der Testator das Fideicommiß gelegt. Dieß ist nicht wesentlich von dem vorigen Fall, sondern nur so davon verschieden, wie es verschieden ist, wenn auf eine eigne Sache des Erben und wenn auf die eines Dritten das Fideicommiß gelegt ist. Zum Erblasser ist hier immer eine fremde Sache, eine fremde Erbschaft, und die Letztere ist auch hier wie im vorigen Fall ein Aggregat von Einzelnheiten, was fideicommittirt worden, also Singularsuccession, die in der Erbschaft des Testators vergolten seyn muß. Der Erbe hat freilich in dieses Aggregat einmal per universitatem succedirt, aber im Verhältniß zu dem Dritten, nicht zu diesem Testator. In dessen Beerbung wird dieß erst durch das Singularfideicommiß hineingezogen. Folglich kann auch hier der Erbe nicht von dem Fideicommissar genöthigt werden, die Erbschaft anzutreten [33]), und

33) L. 17. D. siquis omissa causa test. — Liberum cuique esse debet etiam lucrosam hereditatem omittere licet eo modo legata libertatesque intercidunt. Sed in fideicommissariis hereditatibus id provisum est, ut, si scriptus heres nollet adire hereditatem, iussu Praetoris adeat et restituat: quod beneficium his quibus *singulae res* per fideicommissum relictae sunt non magis tributum est quam legatariis. L. 14. §. 5—8. D. ad SCt. Treb. Non omnis autem suspectam hereditatem repudiatione amissam cogere potest adiri et sibi restitui; sed is demum, *ad quem actiones transire possunt.* — Quare

die Obligationes gehen wie im vorigen Fall nicht ipso iure über, sondern müssen durch Cession oder Delegation übertragen werden. Daher sind denn aber hier wie dort Cautionen bey der Auseinandersetzung nöthig wegen künftiger Ergebnisse, und da die cautiones partis et pro parte allein

si fideicommissum *pecuniarium* alicui fuerit relictum, cessat compulsio, tamesti indemnitatis cautio offeratur. Proinde qui *hereditatem* rogatur restituere, is demum compellitur restituere. Sed et si quis bona — vel familiam — vel pecuniam rogetur, vel universam rem *meam*. L. 15. eod. vel omnia *sua*; L. 16. pr. — §. 3. cogi poterit. — idem — si patrimonium — facultates — quidquid habeo — censum meum — fortunas meas — substantiam meam — peculium meum testator dixerit — — cogendus erit: de *successione* enim *sua* et hic rogavit. Nec ignoro in quibusdam ex his Maecianum dubitare, et voluntatis esse dicere quaestionem, *utrum de pecunia tantum an et de successione testator sensit*; *in ambiguo tamen majis de successione sensum dico, ne intercidat fideicommissum.* Hierbey ist nur zu bemerken, daß die bloße Vorstellung man mache ein Universalfideicommiß nichts entscheiden kann, wo sie dem Begrif eines solchen Fideicommisses überhaupt widerspricht, da dieß ein bloßer juristischer Irrthum wäre. §. 1. Sed et si quis ita rogaverit: »quidquid ad te ex hereditate bonisve meis pervenerit rogo restituas«, cogi poterit adire — — quamquam »pervenire« proprie dicatur, quod *deductis oneribus* ad aliquem pervenit. Gleichsam auf der Grenze liegt es also, wenn es hieß, der Erbe solle herausgeben die Erbschaft nach Abzug der Schulden oder der Legate. Ulpian erkennt es in §. 3. an, da sey nicht ipsa hereditas, sondern vielmehr quod superest ex hereditate fideicommittirt, also pecuniaria quantitas. Nec enim posse *ex iure* deduci quantitatem hatte Mäcian gesagt, und daher den Abzug ganz verworfen, da der Zusatz dem entschiedenen Willen, die universitas, die successio restituiren zu lassen, widersprach. Die am Ende referirte Meinung des Julian modificirt dieß nur in so fern, das zwar allerdings ein Universal-Fideicommiß mit seinen Folgen angenommen wird, da doch hereditas sua fideicommittirt war, es dabey aber in die Wahl des Erben gestellt wird, wenn er ex SCto Trebelliano restituirt, entweder ohne den Abzug herauszugeben oder aber wenn er die Last die Schulden- und Legatensache, wie der Testator wünschte, in Ordnung zu bringen übernehmen will, den Abzug zu machen, aber dann auch dem Fideicommissar zu caviren, daß er ihm Creditoren und Legatare von der Hand halten wolle. Im übrigen heißt es nun aber in §. 2. vorher: generaliter potest dici, ita demum quem non posse cogi adire et restituere hereditatem, si *de re* vel *quantitate* fuerit rogatus. Dagegen si *de universitate* sensisse testatorem appareat, nulla quaestio est, quin sive suspectam dicat, cogi posset, sive sponte adit, ex Trebelliano transeant actiones: vorausgesetzt nach dem damaligen Recht, daß der Testator die Quart frey gelassen hatte. (Gaius II. 257.)

auf das Legatum partitionis beschränkt waren, so wurden hier wie dort bey den Römern ohne Zweifel Cautiones ad exemplum emtae et venditae hereditatis angewandt [34]. Heut zu Tage hat dieß nichts mehr zu bedeuten, da es auf Formelnunterschieden beruhte, die wir nicht einmal kennen: so hat also der Richter die Caution nach der Natur des vorliegenden Falls zu bestimmen [35]. Ob der Erbe hier und dort damit frey kommen kann, daß er den Werth der Erbschaft bezahlt, kann in Frage gestellt werden. Die Analogie der legata partitio spricht dafür [36].

3) Von den beiden Erbschaften, die wie im vorigen Fall in der Person des Erben zusammentreffen, ist nicht die fremde bloß, sondern es ist auch die eigne des Testators, also beide sind fideicommittirt. Hier tritt der Fall ein, daß offenbar die eignen Güter des Erben durch das Fideicommiß zwar nicht allein aber mit angegriffen worden sind. Also kann dieß nur gedeckt werden durch den eignen Nachlaß, eine Deckung, die sich hier nur denken läßt durch die Früchte der Zwischenzeit, wenn das Fideicommiß a die gegeben wurde, ward es praesenti die aufgelegt, so kann es nur für die Erbschaft des Testators, nicht für die des Dritten Wirksamkeit haben; und dennoch wird immer die Quarta Falcidia von der ersteren wie sie zur Zeit des Todes war abgezogen. Will bey dem auf einen künftigen Tag gestellten Fideicommiß der Erbe die fremde Erbschaft antreten, so gibt er diese nur so weit heraus, als jene Früchte reichen, enthalten diese vielleicht noch mehr als die kleine Erbschaft, so gibt er doch nicht mehr heraus als diese. Wäre der Erbe nur auf einen Theil eingesetzt, so könnten freilich auch Prälegate und w. d. ä. Deckung gewähren. Aber niemals kann er genöthigt werden die fremde Erbschaft anzutreten, denn hinsichtlich dieser ist

34) Gaius II. 257.
35) L. 38. pr. D. pro socio.
36) L. 26. §. 2. de leg. I.

Singularfideicommiß während hinsichtlich der Erbschaft des Testators Universalfideicommiß und also jetzt immer Universalsuccession ist. Also gehen auch aus der fremden Erbschaft die obligationes nicht ipso iure über, und so werden hier wieder Cautionen nöthig. Daraus daß ein Erbe genöthigt werden kann die vermachte fremde Sache oder Erbschaft zu kaufen, wenn sie überhaupt billig zu kaufen ist, folgt keineswegs, daß er auch genöthigt werden kann, die fideicommittirte fremde Erbschaft anzutreten, denn da hat er die Schulden zu risquiren, die bey diesem Singularfideicommiß nicht übergehn. Nur die Erbschaft des Testators anzutreten kann ihn der Fideicommissar stets zwingen. Die Richtigkeit dieser Entwicklung wird durch die folgende Hauptstelle der Pandekten beurkundet, in der jedoch der Fall, da die Restitution auf einen künftigen Termin gestellt ist, nicht besonders herausgehoben und daher, ohne von Ersatz aus der eignen Erbschaft zu reden, alles jedoch am Ende auf diese gestellt wird. Uebrigens deutet die Vergleichung mit dem fideicommittirten Fundus unverkennbar auf Singularsuccession in die fremde Erbschaft, so wie auch die Entfernung aller Nöthigung zur Antretung dieser.

L. 27. §. 8. etc. D. ad SCt. Trebell. Julianus lib. 40. Dig. §. 8. Trebellianum Senatusconsultum locum habet, quoties quis *suam* hereditatem, vel totam, vel pro parte fidei heredis committit. §. 9. *Quare* si Maevius te heredem instituerit et rogaverit, ut hereditatem *Titii* restituas, tuque hereditatem Mevii adieris, perinde a te fideicommissum petetur, ac si fundum, qui tibi a Titio legatus esset, restituere rogatus fuisses, ideoque [et] si suspectam Maevii hereditatem dixeris, *cogi* te *non* oportet eam adire. §. 10. Quodsi Maevius te rogaverit, *et suam* hereditatem *et Titianam* restituere, tuque sponte adieris; uteris legis Falcidiae commodo, et *partem quartam Maevianae hereditatis* retinebis, dimi-

diam et quartam ex fideicommisso restitues: nec interit, *eidem utramque* hereditatem, an *alii Maevianam*, *alii Titianam* rogatus fueris restituere. Sed si suspectam *Maevianam* hereditatem dixeris, *cogeris* eam adire, et restituere ei cui rogatus fueris, is autem cui Titianam hereditatem restituere rogatus fueris, *non* poterit te compellere ad adeundum.

Durch die Vergleichung am Schluß mit dem Fall, da dem Einen die Erbschaft des Testators, dem Andern die fremde Erbschaft durch Fideicommiß vermacht wurde, tritt die Trennung des Universal- und Singular-Fideicommisses, obgleich auch dieses ein Aggregat, was in einer andern Beziehung *universitas* war, zum Gegenstand hat, nur noch mehr hervor; auch in der Person desselben Fideicommissars verbunden müssen sie doch in ihrer verschiednen Natur jedes für sich betrachtet werden, was, wie wir oben unter I) erwähnt haben, bey dem auf die Erbschaft des Erben selbst gelegten Fideicommiß nicht so Bedürfniß war.

4) Das Fideicommiß wird auf die Erbschaft eines Dritten gelegt, den der Testator vor seinem Tode beerbt hatte. Hier ist ganz offenbar nicht die Erbschaft des Testators weder ganz noch eine Quote derselben, überall keine Erbschaft als Universitas, denn das war sie nur, wie der Testator sie erbte; sondern es ist die Quantität vermacht, welche dadurch in der Erbschaft des Testators gebildet wird, daß sich in dieser auch die ehmals zu jener Universitas gehörig gewesenen Sachen befinden. Aber gesetzt diese wären auch gar nicht oder nicht vollständig mehr vorhanden, so ist es die Summe, der Geldwerth derselben, was den Umfang des Fideicommisses bestimmt. Mag nun diese Quantität allein, oder zugleich mit der Erbschaft des Testators im Ganzen oder theilweis noch besonders zur Restitution gestellt seyn, immer ist es ein Singular-Fideicommiß, im letztern Fall nur ein mit Universal-Fideicommiß verbundenes

Singular-Fideicommiß. Würde diese Verbindung so bewirkt, daß die eine Hälfte an A, die zweite an B, und dann noch an den B die vom Testator erworbene Erbschaft des X zu restituiren dem Erben aufgegeben würde; so wäre das Letzte doch immer Singularsuccession, und es entstände hier etwas Aehnliches in zweiter Stufe, wie Prälegat in erster; aber es könnte nicht den mindesten Zweifel haben, daß der Erbe zu nöthigen wäre anzutreten, zwar nicht die Erbschaft des X, die ist schon vom Testator angetreten [37]), wohl aber die des Testators selbst, woraus denn die Verpflichtung, das Singular-Fideicommiß zu entrichten, sich von selbst ergibt. Nicht anders würde es seyn, wenn das Fideicommiß des B grade so bestimmt wäre wie oben, dem A aber keine Hälfte gegeben, sondern diese dem Erben gelassen wäre: da könnte dann doch über Nöthigung zur Antretung gar kein Bedenken daraus erwachsen, daß neben dem Universal-Fideicommiß noch ein Singular-Fideicommiß bestände, und eben so daß nur für den Umfang des ersteren Actiones übergingen. Allein für den Fall können hier Unbequemlichkeiten entstehn, da nicht die Erbschaft des Testators, sondern in dieser und aus dieser die Erbschaft des X, also für sich allein die wailand fremde Erbschaft fideicommittirt worden. Läßt sich hier der Erbe bereit finden zur Antretung, so ist keine Schwierigkeit: es ist Singular-Fideicommiß, das nach der Erbschaft des X auszumessen ist, Obligationes gehen nicht über, sondern werden indirect übertragen, oder mit Geld oder Abzug vergütet, kurz es wird das Ganze verrechnet, und Cautionen hüben und drüben müssen wegen des noch Unbekannten ausgleichen. Fände sich Insolvenz der ganzen Erbschaft, oder würde auch diese nur ganz erschöpft mit Einschluß der Erbschaft X durch die Schulden, so gäbe es gar

37) Die Glosse zu L. 46. §. 6. D. ad SCt. Treb. bemerkt sehr richtig, daß wenn der Testator auch noch vor dem Testament oder Codicill nicht angetreten hat, er doch durch die Auflegung des Fideicommisses selbst antritt.

kein Fideicommiß; so weit die Schuld aber noch in die Erbschaft X eingriffe, würde dasselbe gekürzt. Die Falcidische Quart würde, wenn der Rest nach Abzug der Erbschaft X kein Viertel übrig ließe, so weit von dieser abgezogen, wie von jedem Vermächtniß. — Unbequemlichkeit entsteht erst, wenn der Erbe die Antretung verweigert: suspectam dicit hereditatem. Kann ihn hier der Singularfideicommissar nach der Regel nicht nöthigen, so entsteht die große Unbilligkeit, daß die Erbschaft liegen bleibt, ungeachtet der Fideicommissar die Schulden sämmtlich zu übernehmen bereit ist, und ungeachtet, was hier meistens der Fall sein wird, die Erbschaft X den bey weitem größten Theil der hereditas testatoris ausmacht, vielleicht hatte dieser außer ihr nur Schulden. Nöthigung und ipso iure Uebergang der Obligationes müssen hier freilich nothwendig verbunden gedacht werden; aber wie können bey Singularsuccession Actiones übergehn? — Hierüber ward daher unter den römischen Juristen disputirt, Papinian meinte, die Actiones könnten übergehn, woraus von selbst denn folgte, daß eine Nöthigung möglich war, und dem traten Ulpian und Andre bey: offenbar ward hier, um dieser praktischen Verlegenheit zu entgehn, in einem solchen besondern Fall das Singularfideicommiß wie ein' Universalfideicommiß fingirt. Und da muste es denn auch einerley seyn, ob die fremde Erbschaft ganz oder theilweis dem Fideicommiß unterstellt war. Der Fall ist ähnlich dem, da dem Erben für sich allein aufgelegt war, das in Italien (»res italicas«) oder das in den Provinzen (»res provinciales«) oder etwa in einer Provinz (»rem Africanam«, »rem Syriaticam« etc.) befindliche Vermögen zu restituiren. Es konnte gar leicht seyn, daß der Testator sich dieß als eine Erbmasse und Universitas für sich dachte, wie sich aus der Vergleichung mit Tutel ergibt. Daß die Dativtutel hier verschiedne Tutoren hatte, war schon durch die Jurisdiction verschiedner Magistratus

nothwendig [38]), ein Testator konnte hier aber durch seinen ausgesprochenen Willen bewirken, daß sich das größere Ganze in kleine nach Regionen auflöste. Dazu kam noch, daß wenn das Vermögen, indem es den Haupttheil der Erbschaft ausmachte, in einer von Rom sehr entfernten Provinz belegen, der Fideicommissar (nach dem Recht zu Papinians Zeit muste er aber schon testamentifactio haben [39])) dort zugegen, der Erbe im Rom war, die Härte des Rechts noch mehr hervortrat, wenn nun der erstere, der aus dem Vermögen was herauszubringen wußte, nicht einmal durch Uebernahme der Schulden den letzteren zur Antretung sollte nöthigen können; zugleich aber auch der Nachtheil im Allgemeinen, daß so Erbschaften ohne Noth destituirt würden, hervorspringen muste. Daher war es hier auch natürlich, ja fast noch natürlicher wie im vorigen Fall, ungeachtet hier nach der Strenge des Rechts ohne Zweifel Singularsuccession war — denn der Umfang des Fideicommisses war hier ja nicht durch den Um-

38) L. 27. D. de tutor. L. 39. §. 7. 8. D. de administr. tutor. Sonst war es Regel gewiß auch für diese Tutel, daß der Tutor, oder die mehrern Tutoren zusammen dem Vermögen als einem Ganzen vorgesetzt wurden, wie schon aus dem Verfahren bey der Theilung der Geschäfte unter ihnen sich zeigt. L. 3. §. 6. 9. D. de administr. tut. §. 1. 2 J. de satisd. tut. L. 17—19 pr. D. de testament. tut. L. 2. C. de divid. tut. — wenn gleich ausnahmsweise des besonders entstandenen Bedürfnisses wegen der Magistratus einen tutor für das einzelne Geschäft bestellen konnte. Solche excentrische Bestellungen konnte aber natürlich ein Testator nicht machen, und so galt die Regel bey ihm absolut, aber so viel war ihm vergönnt, aus den in verschiednen Regionen befindlichen Vermögenstheilen, in Italien, in einer und der andern Provinz, verschiedne Universitates ratione tutelae zu machen. Hatte er das aber nicht speciell gethan, so war der Tutor für alles zusammen als eine Universitas bestellt. L. 13. 15. D. de testam. tut. — Der Vergleichung wegen ist hier merkwürdig L. 78. pr. D. de hered. instit. Qui non militabat bonorum maternorum, quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit, paternorum, quae habebat in Syria, Titium iure semisses ambos habere constitit; sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus, sequi, salva Falcidia, scilicet ut quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur.

39) Gaius II. 285. 274. 286. Ulpian. XXV. 6 7.

fang der Erbschaft oder ihrer Quote, sondern durch eine Anzahl von Einzelnheiten und ihre Aestimatio bestimmt — , dennoch für den Nothfall, da der Erbe sich anzutreten weigert, ein Universal-Fideicommiß mit seinen Folgen eintreten zu lassen, wozu denn damals eine restitutio ex SCto Trebelliano mit seiner successio per universitatem gehörte. Sehen wir nun den Pandektentext an, der hiervon handelt.

L. 16. §. 4. 5. 6. *D. ad SCt. Trebell. Ulpian. lib.* 4. *fideicommiss.*

§. 4. Si quis heres institutus rogatus fuerit hereditatem non totam *sed partem* restituere; vel si duobus restituere sit rogatus, et alter ex his velit sibi restitui hereditatem, alter recuset: Senatus censuit, utroque casu *exonerari* eum, qui suspectam hereditatem dicit, *totamque hereditatem* transire ad eum, qui adire cogit. §. 5. Sed et si quis *non* hereditatis *suae partem dimidiam* [40]) rogavit heredem suum restituere, sed *he-*

40) Die ältesten Drucke so viel ich deren selbst oder Freunde für mich haben nachsehn können (der Venedigschen bey Heise a. a. O. not. 43 angeführten Edition aus dem 14ten Jahrhundert könnte ich noch ein halb Duzzend andre hinzufügen, und so wird man auch in allen Ausgaben aus dem ersten Viertel und auch noch in manchen spätern des funfzehnten Jahrhunderts es finden) lesen alle dumtaxat statt dimidiam, — (ein Stuttgarter MS., durch Schrader's Güte für mich verglichen, hat partem suam dumtaxat und dann sed ohne et. offenbar corrupt) — und dann »sed et«. Man sollte also denken, dieß wäre die ächte lectio vulgata und zwar Bononiensis. Woher diese aber entstanden sey, läßt sich nicht erkennen. Daß die Glosse dadurch den Widerspruch zwischen §. 5 und 6 nicht heben wollte, sieht man wohl, denn sie sucht ihn auf andre Weise zu lösen, und bleibt am Ende nach Hugolinus dabey stehen: „hereditas delata faciebat (§. 5) quartam portionem bonorum, hic (§. 6) non". Ist hier die Erbschaft des Testators nach Abzug der hereditas Sejae gemeint? Da könnte denn daran gedacht worden seyn, daß nach Pandektenrecht außer dem Fall des Zwanges grade dann das SCtum Trebellianum eintritt, wenn der Erblasser die Quart frey gelassen; aber wie könnte die Freilassung zu dem Zwange besonders berechtigen, und in dem Text steht nichts davon, auch wäre das in der Glosse höchst sonderbar ausgedrückt. Also die hereditas Sejae ist als Quote gemeint. Woher denn aber grade *quarta* portio? Es dürfte dieß daher nur beyspielsweise für eine bestimmte Quote überhaupt stehen. Grade so nimmt

reditatem Sejae, quae *a d e u m* pervenerat, vel totam vel partem eius, heresque institutus suspectam dicat; *cum placeat* illud, quod Papinianus ait, *ex Trebelliano* transire actiones, dici poterit, si suspecta dicatur hereditas *cogendum* heredem institutum adire, et *restituere hereditatem*, totamque hereditatem ad eum, cui restituitur, pertinere.

§. 6. Sed et si miles rogaverit quem *res Italicas* restituere, vel *res provinciales*, dicendum est, suspectam dicentem *cogi adire et restituere*: nam, ut eleganter

die Sache V i v i a n u s im Casus. Wie man nun so erklären konnte, ungeachtet davon nichts im Text steht, ist schwer zu begreifen, da jeder wohl leicht sieht, daß man immer auf einen bestimmten Bruch kommen kann, wenn man Geldwerth des ganzen Nachlasses mit Geldwerth der fideicommittirten hereditas Sejae vergleicht (jedes Legat wäre dann eine Quote der Erbschaft), und daß es ein Andres ist, eine Quote der Erbschaft fideicommittiren, ein Andres, irgend etwas Bestimmtes fideicommittiren, was sich als Quote des Erbschafts-Capitals deducto aere alieno berechnen läßt. — Aber auch *Azo* Apparat. ad Cod. Lib. IV. ad SCt. Trebell. und *Odofredus* ad h. l. schweigen von der Auslegung, welche sich mit der Lectio vulgaris von selbst darbietet. Dieß bewog H e i s e anzunehmen, erst die Commentatoren nach der Glosse D i n u s, B a r t o l u s u. s. w. hätten das et in den Text gebracht; aber zu verwundern ist, daß er alles Gewicht auf dieß et hinter sed legt, und vorher die Frage, ob dumtaxat oder dimidiam zu lesen sey, ganz bey Seite schiebt (*Goveanus* Lect. var. II. 5. wirft dieß alles weg, was denn die reinste Rechnung gibt), da doch sed et ohne duntaxat nicht bestehn kann, so wenig als dimidiam mit sed et. Die Commentatoren hätten also b e i d e Worte hineincorrigirt, und so hätten wir eine ganz uniforme lectio vulgata, die allein von den Commentatoren erfunden und durchgesetzt worden wäre. Denn zuerst H a l o a n d e r (1529) hat dimidiam, nur widersinnig mit sed *et* componirt, und so lesen nun die ihm nachdrucken, z. B. Basil. 1541. Lugd. 1550. 1551. Paris. 1552. Hugo a Porta Lugd. 1556. Die ächte Florentinische Lesart kommt erst seit T a u r e l l (Florent. 1553) zum Vorschein. Was der der ohne Urtheil componirten Haloandrischen Lesart so viel Beyfall verschafft hat, daß sie nun auch kürzlich in eine Stereotyp-Ausgabe aufgenommen worden, kann ich nicht begreifen. Sollte es nicht viel besser seyn, in solchen kleinen Ausgaben möglichst reine Florentina zu liefern, etwa mit Wegwerfung g a n z e n t s c h i e d e n e r Fehler? Sehr wenige Ausgaben lesen dumtaxat mit sed ohne et, z. B. Paris. 1526. — Es wird mich freuen, wenn Andre hierzu Nachträge oder Berichtigungen liefern wollen, am meisten wenn jemand das Räthsel dieser Lesarten ganz zu lösen vermögte.

Maecianus libro sexto fideicommissorum ait, qua ratione excepta re [41]) miles heredem instituere potest, actionesque ei dabuntur, *pari ratione* etiam ex Trebelliano transibunt actiones: et *quamvis placeat*, cum quis hereditatem bonaque, quae *sibi* ab aliquo obvenerunt, vel quae *in aliqua regione* habet, restituere rogat, ex Trebelliano non transire [42]) actiones; tamen contra responderi [43]) in *militis* testamento ait. Nam sicuti concessum est, inquit, militibus circa institutionem separare species bonorum, ita et si per fideicommissum ab institutis heredibus id fecerit, in id admittetur Trebellianum Senatusconsultum.

Wenn man im ersten Fall des Fragments die Lectio vulgaris annähme: sed etsi quis non hereditatis suae partem *duntaxat* rogavit heredem suum restituere *sed et* hereditatem Sejae, so könnte man dieses so verstehn: wenn man nicht nur einen Theil seiner eignen Erbschaft überhaupt, sondern dann auch noch besonders die Erbschaft der Seja ganz oder theilweis an denselben Fideicommissar herauszugeben auflegte, so stände das als Universalfideicommiß unter dem SCtum Trebellianum. Dann wäre freilich der scheinbare Widerspruch mit dem folgenden Sphen gar nicht vorhanden. Aber diesen Fall vorausgesetzt, wer konnte noch zweifeln, daß der Fiduciar zur Antretung genöthigt werden könne, da hier ja offenbar ein, nur mit einem Singularfideicommiß verbundnes, Universalfideicommiß vorhanden wäre, wie hätte da ein »cum placeat« und eine Berufung auf Papinian vorkommen können? Auch wäre so gar kein rechter Zusammenhang mit dem Vorhergehenden und Folgenden. Dagegen gibt noch an sich betrachtet die

41) Vulg. ex certa re. Daß die Florentinische Lesart auch hier besser sey, kann wohl keinem Zweifel unterliegen. Vgl. L. 74. D. de hered. instit.

42) Hal.—Flor. transeant.

43) Hal. contrarium responderi debere, was denselben Sinn gibt.

Florentinische Lesart, wie wir sie gegeben haben, den besten Sinn, und fügt sich leicht in den Zusammenhang ein. Daß vorher von pars hereditatis unbestimmt die Rede ist, und nun auf einmal von dimidia, kann keine Schwierigkeit seyn, da man so leicht im Vertrage vom Unbestimmteren zum Bestimmteren übergeht, wenn dieses mehr Anschaulichkeit gewährt: dimidia steht beyspielsweise, als stände da veluti dimidiam. Liest man nun so, dann entscheidet offenbar Ulpian in dem Fall des §. 5. für das Universalfideicommiß unter der Voraussetzung, daß sich der Erbe der Antretung entziehn will, er soll genöthigt werden können, und nur unter derselben Voraussetzung wird Papinians Behauptung referirt, daß die Actionen ex Trebelliano übergingen, womit denn auch alles gesagt war: die Actionen gehn über, wenn der Fideicommissar die Erbschaft haben will und der Erbe nicht. Von der Verbindung, worin Papinian dieß gesagt hat, wissen wir freilich nichts, und so müssen wir es in der Verbindung aufnehmen, worin Ulpian es gestellt hat, der in facto voraussetzt, daß der Erbe suspectam dicebat hereditatem. Bey Papinians Kürze konnte er immer die spätere Wirkung gleich als den Charakter aussprechen, da sich dann von selbst verstand, daß die Röthigung zur Antretung vorhergehn muste.

In §. 6. folgt der analoge Fall des in aliqua regione belegenen Vermögens, der grade bey einem Miles vorgekommen war, und so ward das Gleiche auf allen Fall aus dem Privilegium militis gerechtfertigt. Und daraus ergibt sich denn vorerst, daß der Grundregel nach in solchen Fällen Singularsuccession angenommen wurde. Aus dem Folgenden sieht man, daß es auch für den Nothfall anders Denkende gab, oder doch daß man zu zögern hatte mit der Entscheidung für ein Universalfideicommiß, wenn nicht das Privilegium zu Hülfe kam. Ulpian sagt auch nicht gradezu, daß er dieß billige, er läßt aber von »nam« an den

Mäcianus sprechen. Wie entschied dieser denn ohne Privilegium die Sache? Er stellt grade für das ius commune beide Fälle den des §. 5 und den des §. 6 zusammen und einander gleich, und so darf man hier nicht ohne gröste Noth einen Widerspruch mit Papinians und Ulpians Meinung im §. 5. annehmen, denn wie konnte das Ulpian so auf einander folgen lassen? Versteht man nun »quamvis placeat« so, als stände quamvis mihi placeat, so könnte man sagen, der Widerspruch sey doch noch nicht unumgänglich nothwendig, da die Weigerung des Erben hier nicht wiederholt wird, und es ja seyn konnte, daß die übrigen Güter die Quart voll machten, da denn doch nicht ex Trebelliano zu restituiren war, und keine actiones übergingen, weil wie am Schlusse gradezu gesagt wird, hier species bonorum zum Fideicommiß gestellt waren. Allein die ganze Frage zu Anfange wurde bloß aufgeworfen, um die Zulässigkeit der erzwungenen Antretung zu beurtheilen, und so würde das eine erzwungene Aushülfe seyn. Nur aber freilich das »quamvis placeat« kann auch auf die Gegner bezogen werden [44], und dann sagt der Satz so viel: ich bin freilich der Mei-

44) Dieß war die Erklärung, welche mir bey der ersten sorgfältigen Durchsicht der L. 6 gleich in die Augen sprang; nachher habe ich mich gefreut, sie bey Heise a. a. O. §. 42. in f. zu finden, indem ich gern auf die Ehre der ersten Erfindung und Bekanntmachung verzichte. Auffallend wäre es aber, wenn noch niemand früher in so langer Zeit auf eine so natürliche Auslegung sollte verfallen seyn; ich habe sie aber nirgends sonst wo finden können. Es wäre das ein neuer Beweis, daß selbst originelle Gemüther doch oft bey Interpretationen zu sehr mit fremden Augen sehn, denn z. B. Donell und Cujaz quälen sich ab mit gezwungenen Aushülfen oder Veränderungen des Textes, indem sie immer dem „quamvis placeat" im Wesentlichen denselben Sinn unterlegen, wie vorher dem „cum placeat". — Mit Heise bin ich denn nur aber darin verschiedner Meinung, daß er eine fideicommittirte hereditas Sejae, die dem Testator zufiel, allemal für ein Universalfideicommiß, heut zu Tage immer mit Universalsuccession, nach Pandectenrecht also auch immer, wenn der Erbe nicht gezwungen antrat, aber der Testator die Quart in dem Rest der Erbschaft frey ließ, — gelten läßt, wogegen ich dieß auf den Fall, da der Erbe die Antretung verweigerte, beschränke.

nung, daß im Fall jener Weigerung allemal das Trebellianum zu Hülfe zu ziehn sey, wo das Fideicommiß auf eine dem Testator zugefallene Erbschaft oder auf in besondern Regionen befindliche Güter gelegt ist; aber wer sich hierzu auch nicht verstehen wollte, der müste dennoch das Privilegium des Soldaten hier eintreten lassen, wornach denn freilich auf jeden Fall hier ein Universalfideicommiß anzunehmen ist, da der testator nur gegen das ius commune eine Universitat als Gegenstand des Fideicommisses im Sinne hatte, und vermöge des Privilegii ihm sogar vergönnt ist, schon bey der Erbeinsetzung specielle Güter als eine Erbschaft zu behandeln.

53. In dem Vorigen ist nun eigentlich die unter B. S. 491 aufgestellte Frage schon mit beantwortet [45]), und die Wahrheit zu sagen, es macht unsrer Jurisprudenz wenig Ehre, daß es durch sie so sehr Bedürfniß geworden, solche zum Gegenstande einer besondern Untersuchung zu machen. Denn wenn durch die Erbantretung nicht bloß das Testament als Ganzes, sondern auch in dem Testament einzelne ungültige Verfügungen Kraft und Gültigkeit erlangen könnten, ja diese immer erlangten; so ist es nicht wohl abzusehen, was es überhaupt bedeute, daß diese oder jene testamentarische Verfügung nach dem Gesetz keine Gültigkeit habe; denn wird die Erbschaft nicht angetreten, so kann ja doch nichts gelten; wird sie dann angetreten, so gilt denn ja alles: die gesetzlichen Bestimmungen über Gültigkeit und Ungültigkeit sind also allemal für nichts.

In L. 55. §. 2. D. ad SCt. Trebell. steht freilich so etwas: »cum enim semel adita est hereditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur.« Allein schon die Ungereimtheit dieses Satzes, wenn man ihn in so absoluter Allgemeinheit nehmen wollte, als er so isolirt für sich hier steht, muste

45) S. vornämlich S. 506 ꝛc.

darauf führen, ihm durch den Zusammenhang seine Grenze anzuweisen. Soll man schon jede einzeln hingestellte Rechtsregel durch den Zusammenhang im Großen, wohinein sie gehört, näher bestimmen und begrenzen, so daß nicht die Regel das Recht, sondern das Recht die Regel macht (L. 1. D. de R. J.); so darf um so weniger ein gelegentlich ausgesprochener Gemeinplatz herausgerissen und isolirt werden, vielmehr muß ihm aus dem nächsten Zusammenhang seine Grenze angewiesen werden. Wenn auf eine Erbschaft ein Fideicommiß gelegt worden, so muß erst die Erbschaft angetreten werden, ehe restituirt werden kann, und auch die auf dieses erste Fideicommiß gelegten Legate und weitere Fideicommisse gehen zu Grunde, wenn die Antretung nicht geschieht. Damit dieß nun nicht von dem Erben, dem ersten Fiduciar, rein abhinge, hatte das Trebellianum Zwang eingeführt. Ist denn aber nur einmal die Antretung bewirkt, so treten nun auch gleich die zweiten und dritten Fideicommisse, Universal- und Singular-Fideicommisse in Bewegung und Wirksamkeit, und bey den weitern Vermittlungen kommt es auf den guten Willen des Vermittelnden nicht an, so daß man also sagen kann, ist einmal angetreten, so ist alles wirksam, was der Testator gewollt, (versteht sich immer, wenn er nicht etwas an sich ungültiges gewollt hat, also auch nicht etwas zum Gegenstand seines Willens gemacht hat, was ihm, wie ein fremdes Vermögen, sey es auch das Vermögen des Erben, gar nicht unterworfen ist). Um nun aber zur Antretung zu gelangen, muß man denn auch behaupten, daß wenn der erste Univ.-Fideicommissar recusirt, der zweite die Antretung unmittelbar erzwingen kann. Dieß ist der Sinn der L. 55., so weit ihr Inhalt hieher gehört, und jenes allgemeinen Satzes in seine rechten Schranken zurückgeführt. Die Erbantretung kann nicht das Ungültige gültig machen: freilich durch die Aditio oder Immixtio dessen dem Edictum committirt ist kann die relative Nichtigkeit des

prätorischen Notherbenrechts verhindert werden; aber auch durch die Annahme eines Legats oder sonst eines Vortheils aus dem Testament kann dasselbe in allen Fällen bewirkt, und die B. P. contra tabulas ausgeschlossen werden; allein dieß alles nur, weil man unmöglich eine Wirkung des Testaments für sich in Anspruch nehmen kann, ohne dadurch zu erkennen zu geben, daß man dasselbe im Ganzen, (versteht sich immer in so weit es im übrigen gültig ist) auch gegen sich will gelten lassen. In so weit es im Ganzen nur gegen uns ungültig ist, hört es das nun auf zu seyn [46]. Auf ganz ähnliche Weise verhält es sich mit der Anfechtung eines inofficiosen Testaments [47]. Dagegen wer die Erbschaft antritt aus einem Testament, oder sonst dasselbe im allgemeinen anerkennt, der will noch damit keineswegs alle einzelnen in dem Testament enthaltenen Verfügungen gut heißen, am wenigsten solche, die ganz über die Grenze hinausgehn, auf welche das Arbitrium des Testators überhaupt beschränkt war. Aber der Erbe contrahirt doch durch die Antretung mit den Fideicommissaren wie mit den Legataren und den Gläubigern des Erblassers. In §. 5. J. de oblig. quasi ex contr. steht das grade Gegentheil. Der Sache nach contrahirt [48] er mit niemanden: mit wenn sollte er contrahiren, da die Aditio eine einseitige Handlung ist? er wird verpflichtet, aber unmittelbar nach Gesetz und Recht, und nur so weit diese es wollen, und die Verpflichtung in die Antretung hineingelegt haben, z. B. hinsichtlich der Legate die zwölf Tafeln [49]. Nur hinsichtlich der Form, und weil es

46) L. 3. §. 15. 16. L. 14. pr. L. 10. §. 3. L. 15. D. de B. P. c. t.

47) §. 4. 5. J. de inoff. test. L. 8. §. 10. L. 16. §. 1. L. 12. L. 30. §. 1. L. 23. §. 1. L. 31. §. 3. 4. D. L. 8. §. 1. C. eod.

48) Daß hier nicht an contrahere in dem weitern Sinn gedacht wird, wornach man auch durch ein Delict eine Obligatio contrahiren kann, versteht sich von selbst.

49) Ulpian. XIX. 17.

Bedürfniß war, die Obligatio, welche hier ohne Zweifel entstand, das Rechtmäßige zu fodern und zu leisten, unter eine der Rubriken zu stellen: obligationes ex contractu — obligationes ex delicto, ward es so behandelt als sey hier ein Contract, da es mit Delict gar keine Aehnlichkeit hatte, grade wie das bey der actio tutelae (§. 2 eod.) und der condictio indebiti (§. 6 eod.) auch gemacht wird: alle diese »debitores, quia sane ex maleficio non tenentur, quasi ex contractu tenentur.« Dabey darf sachlich nicht verkannt werden, daß hier gar kein Contract, ja mit dem Erben und dem Tutor gar kein Negotium keiner Art, durch die indebiti solutio kein constituirendes geführt worden, sondern alles aus dem Recht unmittelbar, welches auch die Grenze der Verpflichtung anweist, herzuleiten ist. Das Recht will aber nicht und konnte nicht wollen, daß der Testator zum Vortheil dritter Personen über sein eignes Vermögen hinaus verfüge. Freilich für die Creditoren wird dieser Vortheil indirect erreicht, wenn der insolvente Testator einen reichen Erben eingesetzt, aber weder im Testament noch in der Erbantretung aus diesem liegt die eigentliche Ursache, wie man ja daraus sieht, daß vom Intestaterben dasselbe gilt. Worin es liegt, erhellt aus dem Obigen. In der Willkür des Testators und also auch in der Anerkennung dieser Willkür durch die Antretung liegt hier gar nichts. Wenn der Testator einem Erben mehr Schulden zu bezahlen auflegen wollte, als verhältnißmäßig auf den ihm angewiesenen Theil fallen, so würde er das gar nicht ausrichten können, und nur in so fern als man durch diese Verfügung den Theil selbst gegen die Worte als verkleinert ansehen dürfte, könnte dieß aufrecht erhalten werden. Wenn bey dem neuesten Recht der Testator vorschriebe: »wenn mein Erbe auch ein Inventarium macht, so soll er doch sich bey Bezahlung meiner Schulden nicht damit entschuldigen können, daß er nicht bis zum Belauf derselben Güter in meinem Nachlaß vorgefunden, weil bey dem förmlichsten Inventarium doch

Unterschleif möglich ist, sollte wohl der Erbe, der nun mit Inventar anträte, sich verpflichten, über das Ergebniß desselben hinaus Schulden zu bezahlen?[50] Hat der Testator eine große Summe als Vermächtniß aufgelegt, so läßt sich oft erst nach der Antretung beurtheilen, ob diese Summe auch über den Betrag der Güter nach Abzug der Schulden hinausreicht. Wie könnte also die Aditio ihn unbedingt hier verpflichten, und was bedeutete es, wenn dieß wäre, daß das Recht diese Verpflichtung im allgemeinen nicht anerkannte, da sie ohne Aditio gar nicht entstehn kann? Aber wenn sich auch strenge erweisen ließe, daß der Erbe bey der Antretung das Unzureichende der Güter schon kannte, wie kann man schon auf die Absicht schließen, daß er aus seinem eignen Vermögen ergänzen wolle; denn er kann ja mit der Absicht antreten, das Fehlende, wie die Gesetze es wollen, den Legaten abzuschneiden, eben wie er ungeachtet der Antretung oder vielmehr grade vermöge derselben die Quarta Falcidia abziehn kann. Bey der letztern ist nun nach neuestem Recht nur das Eigne, daß der Testator den Abzug verbieden kann, ehmals viel consequenter konnte er auch das nicht, wie er jetzt niemals die Verkürzung der Legate oder Fideicommisse wegen unzureichenden eignen Vermögens verbieten kann, wogegen wie wir gezeigt haben (oben S. 506.) auch kein Privilegium schützen kann. Also auch wenn die Erklärung, welche die Antretung ausmacht, in Beyseyn der Legatare oder Fideicommissare geschähe, könnte dieß nichts ändern. Ja wenn erweislich der Erbe mit dem Vorsatz antrat, daß er auch das Ungültige gelten lassen, auch die Vermächtnisse und Fideicommisse erforderlichen Falls aus seiner eignen Kasse bezahlen wollte; würde das ihn nicht verpflichten, da er nicht contrahirte und das Gesetz ihn nicht verpflichtete. Nur wo dieser Entschluß einen Vertrag zur Folge hatte mit den Legataren 2c., wo er also

50) Vgl. überhaupt L. 55. D. de legat. I. Nemo potest in testamento suo cavere, ne Leges in suo testamento locum habeant.

versprach, ihnen zu schenken; nicht wo er bloß versprach, sie zu Erben einzusetzen, oder sein Testament nicht zu ändern (denn auch dieß ist noch nach Teutschem Recht ungültig [51])); wohl aber wo er sie augenblicklich auf dieses Amplius zu Erben einsetzte, indem er es als Theil seines Nachlasses berechnete, oder es ihnen als Vermächtniß vertragsmäßig constituirte, — entstand eine gültige Verabredung, ein gültiges Gebundenseyn, aber keinesweges aus dem Testament oder aus der Erbantretung, sondern aus dem neuerdings, wenn auch im Augenblick der Erbantretung zugleich mit dieser, vollzogenen Vertrage.

54. Aber, könnte man einwenden, wenn der Testator bey seinen Lebzeiten eine Sache, die dem Erben gehört, veräußerte, sie mag so kostbar seyn wie sie will, so muß er, wenn er angetreten hat, diese Veräußerung auf jeden Fall gelten lassen, so gut als hätt' er sie selbst vorgenommen [52]); und es wird kein Unterschied gemacht, ob er auch Ersatz im Nachlaß hat. Allein hier ist er auch so gut wie Schuldner ex persona defuncti; es gilt dieß nur pro parte hereditaria mithin nur so weit er repräsentirt und vermöge dieser Repräsentation, denn nur so weit und nur deswegen hafftet er wegen der Eviction, wenn der Erblasser die Sache eines Dritten veräußerte. Ist ein Inventar gemacht, so reicht das denn nach neuestem Recht auch nicht über dieses hinaus. Also ein Schluß von den Verfügungen des Erblassers, die bey seinen Lebzeiten seine eignen Vermögensverhältnisse betreffen, auf letztwillige Verfügungen desselben ist durchaus unzuläßig, da der Erbe ihn hinsichtlich dieser, welche ihn selbst nicht verpflichteten, gar nicht repräsentirt.

Es ist also ganz gegen das römische Recht, zu sagen: wenn nicht durch Erbvertrag, sondern durch Testament ein Fideicommiß nicht bloß auf das eigne Vermögen, sondern

51) Rhein. Mus. II. 2. S. 209.
52) L. 3. C. de reb. alien. L. 14. C. de evict. L. 14. C. de R. V.

auch zugleich auf das Vermögen des Erben wechselseitig gelegt ist, so werde das für den Unterlebenden durch seine Antretung schlechthin bindend, und es habe hier also die Antretung dieselbe Wirkung, welche ein Erbvertrag von Anfang an haben würde. Aber ist denn dieß nicht anders nach gemeinem Teutschen Recht, welches doch den Erbvertrag gegen das römische Recht anerkennt? Die Antwort ist: vom Teutschen Recht läßt sich nur so viel behaupten, daß es dem wahren Erbvertrag volle Wirkung beylegt und also auch alles das im römischen Recht nicht hat unter uns aufkommen lassen, was diesem widerstreitet; so wenig aber als ein Versprechen zum Erben einzusetzen schon ein Erbvertrag ist [53]), so wenig und noch weniger ist die Antretung aus einem Testament, was den Erben mit einem Fideicommiß beschwert, ein Erbvertrag mit dem Fideicommissar, ihm den Betrag desselben zu restituiren; es läßt sich auch, ungeachtet des nicht seltenen Irrthums in der Doctrin [54]), kein gemeiner Gebrauch nachweisen, welcher der Erbantretung gegen die Natur derselben und gegen das gemeine römische Recht eine solche Kraft beylegte. Folglich ist bey uns das Gegentheil anzunehmen, wo nicht ein Particularrecht von dem gemeinen Recht insbesondere abweicht.

55. Sehen wir nun noch zurück auf den vorgelegten Fall eines wechselseitigen Testaments, so konnte die Absicht, auch auf das Vermögen des andern Ehegatten das Fideicommiß zu legen, unmöglich rechtliche Wirkung haben, auch durch Vermittlung der Erbantretung konnte sie das nicht, wenn sie wirklich vorhanden war. Nach den entwickelten Grundsätzen hätte sie nur in so weit aufrecht erhalten werden können, als die Früchte des eignen Vermögens, vom Ueberlebenden bis zu seinem Tode gezogen, Ersatz hätten gewähren können. Das war aber hier überall unmöglich, da das was wir unserm Erben ohnehin schuldig sind, oder was ihm aus unserm Nachlaß nach dem Gesetz schon gebührt, wir ihm also gar nicht aus freier Gunst gewähren, zu einem solchen Ersatz und einer solchen Vergeltung schlechterdings sich nicht eignet [55]). In unserm Fall war nun aber jeder über-

53) Rh. Mag. II. 2. S. 206. ꝛc.

54) Damit die teutsche Jurisprudenz der Vorwurf nicht allein treffe, führe ich aus der französischen an Claude de Ferriére corps de tous les commentateurs sur la contume de Paris. Paris 1714. Vol. 4. Tit. 14. pag. 43., wo diese Blume auch florirt.

55) L. 28. D. de legat. II. L. 67. D. eod. L. 54. D. ad Leg. Falcid.

lebende Ehegatte schon nach dem Particularrecht berechtigt, einen Nießbrauch des sämmtlichen Nachlasses des Vorverster- benden bis an seinen Tod zu fordern, also konnte in den Früchten keine Deckung des Fideicommisses gefunden werden. Aber was konnte denn auch wohl bewegen, in demselben eine solche ungültige Absicht anzunehmen? da vielmehr nach dem was in facto vorlag das Gegentheil sich allenthalben ergeben muste. Gewiß hatte doch jeder der Ehegatten dem andern eine Gunst erzeigen wollen, bey jener Absicht konnte aber jeder dem andern vorwerfen, daß das, was in sui favorem verfügt war, zu seinem Nachtheile ausfallen muste [56]; weder dieß, noch daß der Nachlebende diesen Nachtheil durch die Erbantretung hatte auf sich nehmen wollen, konnte in dubio angenommen werden: was konnte denn Ursach seyn, nicht statt dessen die ganz gültige und ganz wahrscheinliche Absicht der Testatoren, wie ich sie in der Relation dargethan hatte, anzunehmen, und in Verbindung mit der ihr conformen Erbantretung wirken zu lassen? Doch nicht der Irrthum einiger sonst achtbarer Germanisten, wenn ihn auch eine neuere Legislation sollte zum Gesetz erhoben haben, aber doch nicht die, der der in Frage gestellte Fall unterworfen war? Diese Rechtslehrer wurden hier immer, wie man wohl sieht, durch etwas Außerwesentliches bestimmt, etwa dadurch, daß jeder Ehegatte schon von Anfang eingewilligt hatte, und durch die Wechselseitigkeit, daß jeder es auch mit dem Vermögen des Andern eben so gemacht hatte. Sehr oft geht hier die Argumentation im Cirkel. War jene Einwilligung zu Anfang nicht in dem Sinne gegeben, daß sie gleich einen Erbvertrag constituiren konnte, so war sie, von der Correspectivität abgesehn, ohne Wirkung, und war sie das, so konnte sie auch durch das Medium der Erbantretung keine neue Wirkung erlangen; und daß ich gegen den Andern etwas Ungültiges thue, kann dieselbe Handlung von ihm gegen mich noch nicht gültig machen.

56. Freilich so viel muß man wohl zugeben, daß ein neueres Gesetz es unter den angegebenen Umständen als Obligatio in die Erbantretung hinein legen kann, daß nun auch jenes die natürlichen Grenzen des Verfügungsrechts überschreitende Fideicommiß restituirt werden muß; wie die zwölf Tafeln die Verbindlichkeit zur Zahlung der Legate hineinlegten. Für die Wissenschaft der Gesetzgebung darf man aber wohl daran zweifeln, ob jenes eben so natürlich und weise seyn

56) Rh. Mus. III. 2. S. 266.

würde wie dieses es war: ein überschwängliches Fideicommiß und ein in seine natürliche Schranke geschlossenes Legat, das wären hier die Vergleichungspunkte. Dieß führt uns noch zum Schluß auf die

Neuere Gesetzgebung über wechselseitige Testamente.

57. Der Code Napoleon ist voran zu stellen, da er hier reine Bahn gemacht hat. Nach §. 968. ist ein wechselseitiges Testament rechtlich gar nicht möglich:

> Un testament ne pourra être fait dans le meme acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit a titre de disposition réciproque et mutuelle.

Dieß ist mithin so bestimmt, daß das Hinderniß ein formelles zu seyn scheint, wie wir es im römischen Recht zu finden glaubten [57]). Mehr sachlich verbietet §. 1097. in specie unter Ehegatten jede wechselseitige Schenkung, sowohl unter Lebenden, als durch Testament, wie das da ausgedrückt ist. Hätte sich hier ursprünglich das französische Recht an das römische angeschlossen, so wäre das ganz untadelhaft, und man hätte weiter nach keinen Gründen zu fragen. Allein so ist es nicht, sondern ehmals hat in Frankreich allgemein, so gut wie in Teutschland, das wechselseitige Testament, zumal unter Ehegatten, nach Rechtsgebrauch gegolten [58]). Also ist hier der Rechtsstoff durch gesetzgeberische Willkür verkürzt worden, was wir schon an andern Beyspielen in diesem Aufsatz gerügt haben. Es kommt denn freilich noch darauf an, ob man dazu triftige Gründe hatte. Einen revolutionären Grund, etwa daß damit oft Fideicommisse verbunden sind, kann das so wenig gehabt haben, als das Verbot der wechselseitigen Testamente im lübischen Recht P. 2. Tit. 1. Art. 10. [59]), denn das Verbot rührt nicht zuerst aus dem

57) Im strengsten Sinn, sagt Toullier droit civil p. 320, ist das Testament der Willensakt einer einzigen Person. Vergl. Rh. M. III. 2. S. 242. ꝛc.

58. *Merlin* Repert. Testament. p. 657. Doch konnten sie frey widerrufen werden, wenn sie nicht ausdrücklich auf das gesammte Gut gerichtet waren, p. 658. Dasselbe wird vom Belgischen Recht bezeugt. Merlin Substitut. fideicom. p. 328.

59) Vergl. *Mevius* ad h. l. und das Hamb. Stadtr. P. 2. Tit. 2. Art. 12. verbund. mit P. 3. Tit 1. Art. 17. 19. 20. 21. Art. 3; Nürnb. Reformat. Tit. 39. Leg. 12.

Code, sondern ursprünglich aus der Zeit vor der Revolution her; der Code hat nur alles rein ausgefegt. Die Ordonnance v. J. 1735. Art. 77., welche zuerst jedes wechselseitige oder auch nur verbundene (sie setzten zusammen einen Dritten ein) Testament verwarf, ließ doch die Ausnahme zu, da Eltern conjointement ihren Nachlaß unter ihre Kinder vertheilten, und dann die, da eine donation mutuelle a cause de mort zwischen Ehegatten nach besonderm Gebrauch vollzogen wurde [60]. Diese Ausnahme hat dann noch der Code zuletzt vertilgt. In freier Reflection ließe sich dieß damit rechtfertigen, daß die wechselleitigen Testamente ein rechtes Zündkraut für Familienstreit und Processe gewesen sind; doch ob sich damit nicht noch viele andre Tödtung lebendigen Rechtsstoffs eben so gut rechtfertigen ließe, und ob nicht diesem besser durch eine gereinigte und festere Theorie, und ein geschicktes Anpassen derselben durch Eindringen in die Natur jedes einzelnen Falls, vorgebeugt würde?

Die Ehegatten, indem sie gleichsam mit verschlungenen Händen ein Testament machen, denken freilich meistens nicht daran, daß der Ueberlebende einmal wieder heirathen und vielleicht noch wieder Kinder erzeugen werde, zumal dann denken sie am wenigsten daran, wenn sie ihre beiderseitigen Verwandten zu künftigen Erben des ganzen Vermögens, was sie mit einander genossen, und was der Nachlebende bis an seinen Tod genießen soll, ernennen. Daher pflegen sie auch einen solchen Fall ganz mit Stillschweigen zu übergehen, und wenn er nun eintritt, so zeigt sich daß der Calcül nicht ganz richtig gemacht worden. Die Verwandten des Verstorbenen pflegen nun argwöhnisch zu werden, und von der neuen Zuneigung Schmälerung ihrer künftigen Erbschaft zu besorgen. Das Gesetz hat hier Noth, den irrigen Calcül möglichst unschädlich zu machen [61]: den Befürchtungen der

60) Nach *Pothier* de donations testamentaires ch. 1. Art. 1. ward das bezogen auf *Testamens* mutuels entre mari et femme, die durch die coutumes gewisser Distrikte (la coutume de Dunois wird genannt), aufrecht erhalten wurden, wo es nicht erlaubt war den Ehegatten unter sich «autrement donner que par Testament mutuel». Man sieht also auch hier wieder, daß sie sich das Testament wie eine Schenkung dachten, und zwischen Testament und Schenkung Todes halber nicht zu unterscheiden verstanden. — Merkwürdig ist, daß die Ordonnance zugleich alles mündliche Testament verbot.

61) Daß man nicht durchaus nach dem Calcül die Wirkungen der Rechtsgeschäfte zu bestimmen habe, begreift man bey dem simpelsten Verstande, denn sonst müßte man jedem Käufer und jedem Verkäufer zu einem vortheilhaften Handel verhelfen, was sich denn regelmäßig in sich selbst aufhöbe.

Verwandten des Verstorbenen wäre freilich leicht abzuhelfen, wenn man nur dem Lebenden durch Inventar und Cautionen gänzlich die Hände binden dürfte, aber das geschähe denn, wie unser Fall gezeigt hat, oft auf die allerunbilligste Weise zum Schaden dessen, dem der Verstorbene doch Gutes erzeigen wollte, und so würde die Erwartung Beider, oder doch die Erwartung des Einen gänzlich getäuscht. Die Auskunft, gegen alle Consequenz und auch gegen die Meinung des Testaments, den künftigen Erwerb des Ueberlebenden ganz auszuscheiden, und ihn, wie bei römischen Sklaven, die man der Schulden wegen zur Beerbung zwang, allein frey zu lassen, würde nicht einmal zureichen, da ja nicht jeder so glücklich ist, Jahr aus Jahr ein sein Vermögen vermehren zu können, und sich von einem Nothstande frey zu halten, wo ihm eine zeitige Veräußerung des bisher besessenen Vermögens wahres Bedürfniß werden kann. Selbst allen freieren Spekulationen, wodurch er sich größeren Erwerb möglich machen kann, sind ihm durch jene Gebundenheit gehemmt: man vergesse nicht, daß dieß auch von dem eigenen ursprünglichen Vermögen gelten soll, welch eine Pein kann das für einen thätigen betriebsamen Menschen seyn, wenn er durch das unglückliche Testament sich so um alle freie Herrschaft über das Seinige gebracht, und unter Controlle jener selbstsüchtigen Verwandten und eines Bürgen (wer hätte sich im vorgelegten Fall wohl für die Frau verbürgen wollen? hätte diesem wohl ihr künftiger Erwerb Rückbürge seyn können?) gestellt sähe. Auf der andern Seite darf nun aber auch eben so wenig der Calcül des Vorverstorbenen gänzlich umgeworfen werden, und das würde geschehn, wenn man es dem Nachlebenden frey ließe, durch ein neues Testament die Verwandten des Ersteren nun von dem Ganzen gleichsam zu enterben, und doch mit seinen Verwandten und Freunden alle Vortheile des ersten Testaments zu genießen und zu behalten. Das darf eben so wenig seyn als daß diese Vortheile fortdauern, ungeachtet das Testament einseitig durch die neuen Kinder rumpirt worden, oder als unmäßige Freigebigkeit gegen den Hinzugeheiratheten die Absicht des Testaments betrügen darf. Beide Uebel sind aber nur in den Extremen, und falls diese vermieden werden können, so scheint noch keine Nothwendigkeit zu seyn, solche Testamente gänzlich aus dem Recht zu verbannen, nachdem sie sich einmal in demselben festgesetzt haben. Möglich ist es aber durch die Correspectivität mit ihr angemessenen Cautionen verbunden, jegliches Aeußerste zu verhüten. Dadurch, scheint es, wird

den Personen beider Seite geholfen, und so mögte sich hier wieder zeigen, daß, wo die Grundzüge eines Rechts nur natürlich gut sind, auch die möglichst reine und folgerechte Theorie allein zu dem führt, was dem Leben am heilsamsten ist. Der Nachlebende ist genöthigt, wenn er nicht den Nachlaß des Verschiedenen für sich selbst oder für seine Verwandten wieder einbüßen will, seiner Willkühr und seinen neuen Neigungen den Zwang anzulegen, der ohnehin in diesem Verhältniß sittlich ist; und die Verwandten des Vorverstorbenen haben ein immer reges Motiv, wenn sie sich die Vortheile des Testaments erhalten wollen, ferner im gutem Frieden mit dem zu leben, der sie in diesem auch von seiner Seite bedacht hat, und ihm keinen unsittlichen Trotz und keinen unzeitigen Argwohn zu zeigen. Daß dann doch noch ein solcher Zustand seine Gefahren hat für die Friedfertigkeit der beiden schon durch die zweite Heirath auseinander gerissenen Familien, das ist mehr die Folge dieser überhaupt, als des wechselseitigen Testaments insbesondere, und man könnte ebenwohl sagen, das Gesetz müsse alle Societäten verbieten, weil die Leute im Ganzen friedlicher leben würden, wenn sie mit ihrem Vermögen ganz auseinander blieben, oder es dürfe gar keine eheliche Gütergemeinschaft am wenigsten eine gesetzliche geduldet werden, weil das die Einigkeit eben zerstöhre, wenn man die Leute mit ihrem Vermögen so nahe an einander dränge, und dadurch die freie Mittheilung aufhebe. Solche losgebundene Reflection ist nur da möglich, wo man das positive Recht wie es da ist, schon angefangen hat als altes Vorurtheil zu verachten, und nur eine gänzlich verderbte Theorie und Praxis könnte es entschuldigen, ihr Einfluß auf die Gesetzgebung zuzugestehen.

58. Ferner im Oesterreichischen Gesetzbuch §. 533. wird die formelle Regel eben so aufgestellt wie im Code:

> «In der Regel gilt ein und derselbe Aufsatz nur für Einen Erblasser.»

Davon wird aber das wechselseitige und das bloß verbundene Testament der Ehegatten besonders ausgenommen in §. 2248. Dieses soll gültig aber doch allgemein auch einseitig widerruflich seyn. Es wird gar kein Unterschied gemacht, und auch der Erbantretung keine Kraft gegen diese Unwiderruflichkeit beygelegt; ja selbst die Correspectivität wird schlechthin verworfen. Wohl aber wird davon in §. 1249. der Erbvertrag unterschieden, der aber, wie sehr weise[62]) vorgeschrieben wird, eine testamentarische Form nicht

62) Mus. II. 2. S. 197.

soll entbehren können. Das Wort «versprechen», was in diesem Sphen vorkommt, ist allerdings verwirrend, aber aus der zur Zeit wie das Gesetzbuch gemacht wurde herrschenden Verwirrung der Begriffe leicht zu entschuldigen. Zugleich ist man denn aber hinsichtlich des correspectiven Testaments in das andre Extrem hinüber geschritten und die Praxis mag zusehn, wie sie sich das zurecht legt.

59. Für das ehmals churfürstliche Sachsen hat ein Gesetz den Unterschied zwischen einer wechselseitigen Bestimmung der Beerbung, welche ein letzter Wille, und einer solchen, die ein Erbvertrag ist, sehr oberflächlich, wie es bei so geringen Vorarbeiten nicht anders seyn konnte, angegeben. An dieses Gesetz hat denn, wenn man dem Zeugniß von Haubold [63]) und

63) Kön. Sächs. Privatr, §. 343. Es ist merkwürdig zu sehen, wie dieses von Haubold, der sich wieder vorzüglich auf Biener beruft, ausgedrückt wird. Nachdem er von der Widerruflichkeit des wechselseit. Testaments gesprochen hat, fügt er hinzu: «enthält jedoch das Testament des früher Verstorbenen, wie oft der Fall ist, eine Substitution, oder hat der Ueberlebende zum Besten eines Dritten ein Versprechen bey dieser Gelegenheit geleistet: so macht der Ueberlebende durch den Antritt der Erbschaft des zuerst Verstorbenen sich verbindlich, beide zu erfüllen, selbst, wenn sie sich zugleich über sein eigenes Vermögen erstrecken.» So Haubold; nach der Meinung der französischen Juristen war es grade Erforderniß, daß sich die Verfügung über beide Vermögen erstrecke, und ausdrücklich auf das fremde und eigene Vermögen zusammengerichtet seyn müsse von beiden Seiten, damit Unwiderruflichkeit entstehe, hier wird es denn doch so behandelt, als könne sie dann noch eher Bedenken haben, ein Bedenken was man aber doch nicht achten dürfe. Haubold ferner nimmt hier ein Versprechen an, das anfangs nichts wirkt, aber erst durch die Erbantretung verbindlich wird: wie und warum, das ist nicht angedeutet. Vergleichen wir damit ein neuestes Compendium des gemeinen deutschen Privatrechts. Mittermaier §. 410. gibt dasselbe fast mit denselben Worten, nur daß hier noch mehr hervortritt, daß eine früher unbedingt eingegangene Verbindlichkeit erst später eine Verbindlichkeit werden soll, (wie ein constitutum debiti proprii?) durch eine Handlung, die gar kein Contract ist, und daß der Zusatz: «selbst wenn sie sich zugleich über sein eigenes Vermögen erstrecken», sich nicht findet. «Enthielt das Testament», so heißt es da, «des früher Verstorbenen eine Substitution, oder hatte sich der Ueberlebende zum Besten eines Dritten zu etwas verbindlich gemacht, so macht der Ueberlebende durch den Erbschaftsantritt sich verbindlich, die Substitution anzuerkennen, und die übernommene Pflicht zu erfüllen.» — Es ist hier von mir nicht auf Sylbenstecherey abgesehn, sondern ich erlaube mir nur darauf aufmerksam zu machen, daß die Ungenauigkeit des Ausdrucks gewiß davon herrührte, daß hier kein durchgearbeiteter Stoff vorlag, der in

Curtius[64]) glauben darf, die dortige gemeine Praxis die so eben von wir widerlegte Theorie des angeblich gemeinen Rechts hinangebaut. Wie weit man diese gemeine Praxis selbst aber als eine fixirte Gesetzgebung dort ansehen darf, wollen wir dahingestellt seyn lassen.

60. Endlich das A. preußische Landrecht hat sich von derselben Theorie leiten lassen, welche sich nach dem, was eben gesagt worden, im Kursächsischen geltend gemacht hatte [65]). Nach Th. 1 Tit. 12. §. 614 jedoch sollen wechselseitige Testamente, die von wechselseitigen Erbverträgen wohl unterschieden werden, (die Form ist bey beiden gleich: gerichtliche Vollziehung) nur von Eheleuten errichtet werden, was in Th. 2. Tit. 1. §. 482. noch wiederholt wird. Dann folgen die einzelnen Bestimmungen über ein solches von Eheleuten errichtetes Testament und dessen Widerruflichkeit, und darunter heißt es: §. 490. «Auch nach dem Tode des einen Ehegatten hat der überlebende die Wahl: ob er die Erbschaft aus dem Testamente antreten oder ausschlagen wolle. §. 492. Nimmt er die Erbschaft aus dem Testamente an: so kann er auch von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen; in so fern aus der Fassung oder aus den Umständen erhellet, daß der Erstverstorbene ihm seinen Nachlaß, in Rücksicht auf diese Verfügungen zugewendet habe. §. 493. Dieß wird hauptsächlich bei solchen Verordnungen des überlebenden Ehegatten vermuthet, welche zum Besten der gemeinschaftlichen Kinder, oder der Verwandten oder besonderen Freunde des Erstverstorbenen abzielen.» Das gibt sachlich ungefähr dasselbe Resultat, was jene Doctrin nur mit andern Worten und ein wenig modificirt aussprach. Es ist hier aber in die Erbantretung gesetzlich durchgreifend hineingelegt, was darin, wie wir gezeigt haben, nach der Natur der Sache nicht liegt, nämlich daß dem Calcül des Vorverstorbenen, von welchem oben III. 2. S. 272. die Rede war, nicht bloß negativ in Beziehung auf seine eigene Erbeinsetzung durch das, was wir Folge der Correspectivität nennen; sondern auch positiv hinsichtlich des

das Compendium aufgenommen werden konnte. Daß aber der Verfasser eines Lehrbuchs bey einem so spröden Stoff, wie das T. Privatrecht, jetzt schon alles selbstthätig vorher durchläutere und ausbilde, halte ich bei den schönsten Kräften für unmöglich. Bey Eichhorn findet sich nichts Specielles hierüber.

64) Kurs. Civilr. §. 732.

65) Es fehlt nicht an Schriftstellern noch aus diesem Jahrhundert, welche echauffirt für diese Theorie und gegen anders Gesinnte streiten, ich nenne sie aber lieber nicht, da hiernach zu rechnen das nur um so eher zu einem eiteln Gezänk von ihrer Seite führen würde.

Vermögens des Ueberlebenden, über welches jener gerne, wenigstens mittelbar, auch verfügen wollte, vollans genug genug geschehen müsse, und diesem kommt das Gesetz nur noch durch eine Präsumtion über die einseitige Ansicht dessen, der binden wollte, nicht dessen der gebunden werden soll, zu Hülfe. Die Kritik dieser Vorschrift des Gesetzes ist schon so ziemlich mit dem Vorigen gegeben, jedoch versteht sich von selbst, daß die Vorschrift streng zu befolgen ist, so lange es dabey bleibt. Aus dem rein legislativen Gesichtspunkt mögte aber folgendes zu bedenken seyn:

1) Es ist noch immer keine unerhebliche Rücksicht, daß das Recht eine aufs Beste zusammenhängende Verkettung seyn müsse, und daß es nicht unschädlich seyn könne, wenn hie und da gleichsam ein Glied an die Kette nur äußerlich angehängt wird; da mögte es noch besser seyn es wie der Code zu machen, und ein Glied ganz herauszunehmen, und die Kette dadurch zu verkürzen, ein paar Räder, die nicht passen wollen, aus dem Getriebe herauszuziehn, und so das Werk zu verkleinern, um die Harmonie zu erleichtern. Dieses Moment wollen wir aber gegen das Pr. Landrecht nicht zu sehr in Anrege bringen, da es bekanntlich schon im Princip dasselbe der Bestimmung des Einzelnen nachstellt; obgleich freilich die Jurisprudenz, die durch das beste Gesetz nicht überflüssig gemacht werden könnte, dasselbe nie aufgeben wird.

2) Es ist ein mislich Ding, in eine Handlung etwas kraft der gesetzlichen Macht und Gewalt hineinzutragen, was nach der Natur der Verhältnisse gemeinhin in derselben nicht liegt, und daher auch gewöhnlich die Menschen, welche sie vornehmen, sich dabey nicht denken werden. Der dießmalige Fall mag dazu ein lebendiger Beleg seyn. Vergleichen wir dieß einmal mit etwas Aehnlichem was im Justinians eigenerdachter Gesetzgebung vorkommt. Die Römischen Juristen stellten hinsichtlich der falcidischen Quart die ganz natürlichen Bestimmungen auf 1) wer, indem er den verhältnißmäßigen Bestand des Vermögens kennt, ein Legat zum vollen auszahlt, der kann nicht condiciren, da dieß dann nur ein Rechtsirrthum seyn könnte, wenn es nicht wissentlicher Verzicht ist. Aber auch 2) wenn er einem Legatar promittirt, ihm nicht zu kürzen, so muß er dieser seiner besondern Verpflichtung, ungeachtet er das Gesetz für sich hat, nachkommen.[66]

66) L. 9. §. 5. D. de iur. et facti ignor. L. 46. D. ad L. Falcid. L. 20. §. 1. D. de donat. L. 1, L. 9. L. 19. C. ad Leg. Falc.

Keiner von ihnen aber dachte daran, daß wenn der Erbe dem einen Legatar voll zahlte, er nun auch dem andern nicht pro rata kürzen dürfe, oder wenn er dem Einen das Ganze verspricht, er damit auch dem Andern verbunden sey [67]. Ganz anders Justinian in Nov. 1. c. 3, von dem man nur nicht recht weiß, ob ihn die Jurisprudenz seiner erbaulichen Zeit, oder er sich selbst verleitete. Das soll sich keiner unterstehen, daß er so, mit dem wahren Vermögensverhältniß bekannt, dem Einen vollaus gerecht wird, und dem Andern nur theilweis. Er setzt voraus, wer den Einen so vollaus befriedigt, der habe sich vorgesetzt, den Willen des Testators in allen seinen Theilen zu erfüllen gegen Alle, grade wie er da ausgesprochen stand, und diesen seinen frommen Vorsatz, will nun Justinian, soll er sich nicht gereuen lassen, dieser soll ihn gänzlich binden. Freilich war die Lex Falcidia selbst eine Nothhülfe, die man nicht gerne einschlug, freilich hatte Er das Gesetz in derselben Novelle schon dadurch untergraben, daß er dem Testator gestattete, den Abzug ausdrücklich zu verbieten, was sich durch sein Inventarienrecht nur sehr mäßig entschuldigen läßt; dennoch hat d i e s e Bestimmung gleich auf den ersten Blick etwas so Unnatürliches und willkürlich Durchgreifendes, daß wohl niemand leicht sie in Schutz nehmen wird. Schon die Voraussetzung eines solchen Entschlusses in dem Erben ist falsch, er konnte ja glauben, daß der Testator aus Irrthum die Legate so groß gemacht habe, weil er sein Vermögen zu hoch anschlug, oder die spätere Verminderung nicht erwartet hatte, daß er aber ohne diesen Irrthum zwar z. B. seinem Bruder doch das ganze Legat, einem fremden Legatar dagegen gewiß kaum die Hälfte werde gegeben haben, nun zieht er diesem die Quart ab, jenem nicht; der Erbe kann ja aber auch gegen den Einen selbst besonders gütig haben seyn wollen u. s. w. Doch aber kann man sagen, jeder weiß ja nun aus der Novelle, was das für Folgen hat, wenn er Einem n i c h t abzieht, er kann sich in Acht nehmen, und will er besonders gütig seyn gegen den Einen, so schenke er ihm etwas aus einem andern Titel; was kann denn ein solches Gesetz schaden? Aber kennen denn die Leute immer solche unnatürliche Gesetze? »Das mag bey einem lateinischen Gesetz für uns Schwierigkeiten haben, aber wo es teutsch ist, da kann es doch ein jeder Teutsche kennen!« Leider hat die Erfahrung gelehrt, daß teutsche Nichtjuristen auch teutsche Gesetze ohne daß

67) Vergl. L. 6. §. 2. C. ad L. Falc. und in einer veränderten Beziehung L. 16. pr. D. eod.

ihnen das stark imputirt werden kann vielfältig ignoriren, und da mögte es doch gut seyn, wenn sie nicht zu oft durch dieselben hinterher überrascht würden, indem sie bei ihrem Benehmen, was recht und billig sey sich mit natürlichem Sinn anders auslegen musten. »Aber sie können sich ja von Rechtskundigen belehren lassen, zumal bey Testamenten, die niemand ohne eine solche Beyhülfe vollziehen wird.« Ja wüßten nur diese immer alle Einzelnheiten des Gesetzes und hätten immer ihre Kenntniß in promptu, und verständen sie allemal recht und zeitig anzuwenden! Die Erfahrung hat auch hier gelehrt, daß ein lateinisches Gesetzbuch das man als ein Ganzes mit dem Gedanken durchdringen kann, sich in seinen unendlichen Einzelnheiten oft leichter begreifen und behalten läßt als ein etwas kürzeres in vaterländischer Mundart, welches auf diese Einzelnheiten in einem sonst oft recht verständigen Detail zu viel, ja alles Gewicht legt, indem dadurch die durchgreifenden Bestimmungen nothwendig unendlich vermehrt werden müssen, wenn man auch gern zugeben kann, daß es unmöglich ist dadurch allen Zusammenhang zu zerstören. Und dann nehmen wir noch zuletzt unser wechselseitiges Testament wieder auf, was sollte denn wohl die Folge seyn, wenn der assistirende Jurist die beiden Testatoren über alle Cautelen belehrte, welche sie zu nehmen hätten, wenn sie sich nicht für die Zukunft alle Dispositionsfreiheit entziehen wollten, auch ihnen in der Zukunft voraussagte, daß der Ueberlebende durch seine Antretung alles so fest und unverbrüchlich machen werde, daß er unter keinen Umständen mehr davon könnte, schon allein weil das Gesetz dieß einmal gewollt habe? Thäte der Assistent, Richter oder Anwald oder Notar, dieß nicht, so würde ein Proceß zu fürchten seyn, sobald der Ueberlebende wieder heirathete, denn niemand würde sich dann hinsichtlich seines eignen Nachlasses absolut gebunden achten, auch nicht durch seine Antretung; thäte er es nun aber, so würde sehr wahrscheinlich gar kein Testament zu Stande kommen, da nach solchen Erörterungen leicht ein Jeder an seinem Calcül hinsichtlich des fremden Vermögens verzweifeln, hinsichtlich des eignen aber sich vor der Gefahr, zu sehr gebunden zu seyn, scheuen würde. Es würden hier Dinge zur Sprache gebracht werden müssen, die man bey solchen Gelegenheiten sonst ohne Schaden, wenn nur Recht und Richter die Sache natürlich nehmen wollen, mit Stillschweigen übergeht, und die nur zur Rede gebracht entzweien. Vorausgesetzt also, die preußischen JCti thäten so allenthalben und vollaus ihre Pflicht, so würde vielleicht durch eine gelindere halbe, wenn auch gleich noch immer durchgreifende Maaß-

regel, erreicht werden, was der Code durch eine rein und ganz durchgreifende erreichte, nämlich daß gar keine wechselseitige Testamente mehr zu Stande kämen, was denn grade kein großes Unglück, aber auch noch viel weniger ein Glück wäre.

Bey der Ausarbeitung dieses ganzen Aufsatzes über Erbvertrag ꝛc. habe ich wenig daran gedacht, daß er auch zu legislativen Zwecken dienen könnte; für den Fall aber, daß ihn Jemand im Stillen dazu sollte gebrauchen wollen, erlaube ich mir die Vorbitte, daß er ihn ganz lesen, und nicht Einzelnes, z. B. das Kapitel von wechselseitigen Testamenten, für seinen besondern Zweck herausscheiden und für sich allein betrachten möge. Eine partielle legislative Thätigkeit ist schon an sich etwas Gefährliches, da man leicht darüber das Ganze aus dem Auge verliert. Ich habe aber auch schon mehrmals an einem Buch, vorzüglich von Praktikern, tadeln hören, daß man darin nicht »nachschlagen« könne, man müsse es ganz durchstudirt und in allen seinen Theilen erwogen haben, um nur etwas daraus zu erfassen und mit Sicherheit zu erfahren. Es ist recht besehen das kein Tadel, sondern ein Lob; und man mag von diesem meinem Aufsatze, den ich hier mit Gott beendige, so günstig oder ungünstig denken wie man will, das Lob soll man ihm nicht versagen, daß alles darin nicht bloß durch Papier und Schriftzüge, sondern wirklich auch durch die Gedanken zusammenhängt.

Beyträge zur Lehre über die Verbindlichkeit der Eltern ihre Kinder zu alimentiren *)

von

Puggé.

I. Ueber die Gründe die den Vater berechtigen dem Sohn die Alimente zu verweigern.

So lange der römische Familienverband sich nur auf diejenigen beschränkte, welche in der Gewalt standen, war unstreitig der Vater, wenn überhaupt ein Zwang für ihn statt fand, (etwa durch die Censoren) gewiß nur zur Alimentation der in der Gewalt befindlichen Kinder verbunden. Zur Zeit der klassischen Juristen aber, als schon in manchfacher Rücksicht auch die aus dem strengen Familienband getretenen, den eigentlichen Familienglieder in ihren Ansprüchen näher gerückt waren, mußte es natürlich zur Sprache kommen, ob auch dem Emancipatus oder dem ex alia causa sui iuris constitutus Alimente gereicht werden müßten. Ulpian bejahte diese Frage und

*) Die Art der Erörterung der einzelnen Puncte, welche hier aus der Alimenten Lehre hervorgehoben werden, soll eine vergleichende seyn, und zwar so daß wir zuerst das römische Recht vortragen, und dann die Bestimmung der neueren Gesetzbücher, des Preußischen Landrechts, des Code und des Oestreichischen Gesetzbuchs damit zusammenstellen.

eine Antwort ist in die justinianischen Rechtsbücher übergegangen.

L. 1. §. 1. D. *de agnoscendis et alendis liberis.*

Sed utrum eos tantum liberos, qui sunt in potestate cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos, vel ex alia causa sui iuris constitutos, videndum est. Et magis puto, etiam si non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus et vice mutua alere parentes debere. Justinian sagt in L. 8. §. 5. C. de *bonis quae liberis.*

Ipsum autem filium, vel filiam, filios, vel filias, et deinceps, alere patri necesse est, non propter hereditates, sed propter ipsam naturam et leges quae et a parentibus alendos esse liberos impetraverunt, et ab ipsis liberis parentes, si inopia ex utraque parte vertitur.

So ist es allerdings, die Alimentationsverbindlichkeit beruht nicht auf dem Erbanspruch, sondern beydes ist aus einem gemeinschaftlichen Prinzip abzuleiten. Worauf gründete sich aber die Alimentationsverbindlichkeit welche man dem Vater gegen seinen emancipirten Sohn auflegte? Auf nichts anderes, als die Einsicht daß die Familie, eine natürliche Gesellschaft deren Glieder durch Liebe, Vertrauen und Gehorsam verbunden sind, nicht mit der Auflösung der väterlichen Gewalt zugleich aufgelöst werde, daß vielmehr Kinder und Eltern so lange noch ein Ganzes bilden, als das Wesentliche des Familienverbandes fortdaure, und daß deßhalb immer noch die Erhaltung der physischen Existenz desselben an das Familienvermögen geknüpft sey. Also auch im Gegentheile, wenn wesentlicher der Familiennexus zerstört ist, nunmehr nicht bloß durch Auflösung der Gewalt, deren Bestehen freylich das Familienhaupt in den Stand setzt, bis auf einen gewissen Punct die gemeinsame Gesinnung zu erhalten, wohl aber durch das Benehmen der Kinder selbst, welches jene Gewalt nicht mehr zu lenken vermag, zerstört ist, indem Liebe, Vertrauen und Gehorsam auch ihre Kraft verloren haben; dann scheint eine

nothwendige Folge zu seyn, daß auch die Verpflichtung der Eltern zur Erhaltung der Kinder damit zugleich aufgehoben seyn müsse [1]). Wie ist dieses nun aber in dem positiven Recht näher zu bestimmen? Die Gesetzgebung kann hier zwey Wege einschlagen, entweder schlechthin sagen, daß Handlungen, welche den Mangel an Liebe, Vertrauen und Gehorsam offenbar documentiren, die Alimentationsverbindlichkeit aufhöben, und die Beurtheilung ob eine Handlnng wirklich eine solche das Familienband zerstörende sey, dem Ermessen des Richters überlassen, wie es z. B. dem Centumviralgericht anheimgestellt war, zu beurtheilen, ob man aus einem hinreichenden Grund den Notherben exheredirt hatte; oder eine bestimmte Klasse von Handlungen bezeichnen, durch deren Begehung die Alimentationsansprüche verloren würden, wie z. B. das justinianische Recht eine Anzahl von Enterbungs-Ursachen aufstellte. Das Römische Recht hat zunächst den ersten Weg eingeschlagen. L. 5. §. 11. D. *de agnoscend. et alend. lib.* (Ulpian.) «Idem iudex aestimare debet, num habeat aliquid parens, vel an pater, quod *merito* filios suos nolit alere.» [Der folgende Satz des Fragments enthält ein Beyspiel von einem solchen gerechten Grund aus dem ein Vater seinem Sohne die Alimente verweigert hatte.] «Trebatio denique Marino rescriptum est, merito patrem eum nolle alere, quod eum detulerat.»

Auch aus späterer Zeit findet sich in den justinianischen Rechtsbüchern kein Verzeichniß von Handlungeu, welche von der Verpflichtung zu alimentiren befreyten, und doch ist schon seit dem Mittelalter in unserer Jurisprudenz die Meynung herrschend, die Verwirkung der Ansprüche auf Alimente sey auf die von Justinian angegebenen Enterbungsursachen zurück-

1) Donellus Commentar. de iure civil. lib. XII. c. 4. sagt Quomodo solvantur hae obligationes (inter parentes et liberos) non est difficile ex superioribus intelligere. *Cum enim personae conditio et pietas, caritasque sola huic generi locum faciat*: sequitur, ut eadem conditione personae manente, perseveret etiam obligatio.



zuführen. Diese Ansicht scheint mir aus dem einfachen Grund irrig zu seyn, weil es ein sehr verschiedenes Ding ist, jemanden etwas zu geben, was man sich selbst abbricht, und jemanden nach seinem Tode einen bestimmten Theil seines Vermögens zu überweisen. Dieser erste Unterschied führt nothwendig auf den zweyten, daß keine die Pietät verletzende Handlung in der Größe und Ruchlosigkeit wie sie allein zur Enterbung berechtigt, auch zur Verwirkung des Anspruchs auf Alimente zu erfordern sey. Daß zufällig in der citirten Stelle ein Fall angeführt wird, der zugleich Enterbungursache ist, kann hierin unmöglich etwas ändern, wenn es gleichwohl dieses hauptsächlich gewesen ist, was dazu verleitet hat, von dem natürlichen und wirklichen Recht sich hier zu entfernen. Ein Richter der nach gemeinem Recht zu sprechen hat, wird ohnstreitig, wenn er dies bedenkt, dadurch daß eine Reihe von Schriftsteller [2], jene Behauptung aufgestellt haben, seine eigene Ansicht, welche aus der Natur der Dinge so gut wie aus dem positiven Recht geschöpft ist, solchen

2) Schon in der accursischen Glosse ist die Verwirkung des Anspruchs auf Alimente durch die Enterbungsgründe bestimmt, der Glosse folgte Bartolus (de alimentis. n. 11.) Jo. Baptista Pontanus (de alimentis c. 5. n. 2.) Colerus de alimentis lib. I. c. 11. n. 38. u. lib. II. c. 12. n. 12.) dieser beschränkte aber noch die Anwendung der Enterbungsgründe dahin, daß die Forderung der Alimente nur durch solche Handlungen des Kindes, welche direct die Person des Vaters beträfen, verloren würde, [die Schriften der beiden letzten Autoren kenne ich nur aus Anführungen anderer.] Die Ansicht der Glosse theilen ferner noch Voet, (comm. ad Pand. h. t. §. 18.) Stryk (us. modernus Pandectarum h. t. §. VII.) Leyser (Meditatt. ad Pand. Vol. I. Specim. XIII. medit. 5.) auf dessen Meynung wir später nochmal zurückkommen müssen. Mühlenbruch (Doctrin. Pand. Vol. II. §. 242.) Alle diese Schriftsteller bringen zur Begründung ihrer Ansicht nichts anderes bey als die L. 5. §. 11. D. de agnosc. et alend. libr. die sie dann ohne weiteres mit Nov. 115. c. 3 u. 4. in Verbindung setzen, in der von Alimenten gar nicht die Rede ist. Wie man aber dazu gekommen ist Donellus als einen solchen anzuführen der auch diese Meinung theile, begreife ich nicht, er sagt (Lib. XII. Comm. de iure civ. c. 4.) Una defensio est patri, ne filium quamvis egentem alere cogatur, si dicat eum de se male meritum; ut si filius detulerit, accusarit patrem, aut aliqua iniuria eum affecerit.

Auctoritäten nicht gefangen geben. Ebenso willkührlich wie nun jene Anwendung der Enterbungsursachen auf die Lehre von den Alimenten ist, ebenso willkührlich erweist sich, wenn man auf die Quellen sieht, der Satz, daß die Ansprüche auf Alimente nie ganz verwirkt werden könnten, sondern immer Alimenta naturalia prästirt werden müßten [3]). Der §. 11. der L. 5. D. l. l. weiß von einer solchen Beschränkung gar nichts, und überhaupt ist die Eintheilung der Alimente in alimenta naturalia und civilia ungegründet und ohne juristischen Gehalt. Sie ist vermuthlich aus einer publicistischen Ansicht entstanden, man dachte, hat sich das Kind des standesmäßigen Unterhalts (alimenta civilia) durch sein Benehmen unwürdig gemacht, so kann man das Familienhaupt doch nicht von der Bestreitung dessen, was zur Fristung des Lebens nothwendig ist (alimenta naturalia) lossprechen, denn der Vater steht doch immer noch dem Sohne näher als der Staat, welcher, wenn er seine dürftigen Mitglieder nicht auf den öffentlichen Bettel anweisen will, die Bestreitung des Nothdürftigen übernehmen müßte. Von diesem Gesichtspuncte aus müßte man aber um so viel weniger Gründe der absoluten Enterbung gelten lassen, und diese sind doch im gemeinen Recht anerkannt. Dagegen von unserer Ansicht über den Grund der Alimentationsverbindlichkeit ausgegangen, gehört in der That ein so unwürdiger Sohn ebensowenig seiner Fa-

3) Leyser an der angeführten Stelle läugnet zwar zunächst, daß man von den Enterbungsursachen auf das Recht die Alimente zu verweigern schließen könne, er sagt: Reverentia enim et necessitas alendi ex ipsa natura descendit, atque adeo facto patris non tollitur. Neque ab exheredatione, ad alimentorum exhibitionem argumentum trahere licet, — — —. Legitima enim parentibus et liberis ex legis civilis dispositione, alimenta, quemadmodum diximus, ex ipsa natura debentur. Ergo illa facilius, quam haec, adimitur. Neque in mutuis obligationibus per unius partis cessationem confestim alterius quoque partis nexus solvitur. Das Alles geht ihm blos auf die alimenta naturalia wegen der alimenta civilia scheint Leyser aber ganz der allgemeinen Theorie beyzustimmen, weßhalb wir ihn auch oben aufgeführt haben.

milie an als irgend ein Fremder (extraneus) und so rechtfertigt sich die Bestimmung des Röm. Rechts, das jenem ohne Unterschied alle Alimente abspricht, aus der Natur der Sache. Diejenigen, welche die Theorie annehmen, der Anspruch auf alimenta naturalia bleibe immer, gelangen nothwendig zu dem erbaulichen Satz, man könne einem unwürdigen Sohn nach dem Tode alles entziehen und ihn so für die Zukunft auf die Staats-Armencasse anweisen, während seiner Lebzeit dagegen müsse man sich von seinen Einkünften abbrechen, und sie demselben Sohne zukommen lassen, damit er nicht dem Gemeinwesen zur Last falle.

Hat vielleicht gar der §. 12. l. c.

«Non tantum *alimenta*, verum etiam *caetera quoque onera* liberorum patrem a iudice cogi praebere, rescriptis continetur»

die Veranlassung zu jenem Unterschied von alimenta civilia und naturalia gegeben, so ist es mir völlig unbegreiflich wie man dazu gekommen ist, den §. 11. nur auf die alimenta civilia zu beziehen, indem dann dem Römischen Recht jener Unterschied bekannt wäre, der citirte §. aber schlechthin von Alimenten redet.

Diese Unterscheidung aber zwischen alimenta civilia und naturalia ist keineswegs ohne Einfluß auf die neuere Gesetzgebung geblieben. Das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten verfügt Thl. 2. Tit. 2. §. 252 u. 53. so:

«Ist das Unvermögen, sich selbst zu ernähren, durch Krankheit, Unglücksfälle, oder sonst unverschuldet entstanden, so sind die Kinder den Aeltern, und diese jenen anständigen Unterhalt nach ihrem Vermögen zu reichen verbunden.

Ist aber der hülfsbedürftige Theil durch eigene Schuld verarmt, oder hat er sich gegen den andern so betragen, daß dieser ihn zu enterben berechtigt seyn würde: so muß er mit bloß nothdürftigem Unterhalte sich begnügen.»

Das Preußische Landrecht schließt sich also ganz an die Theorie über das gemeine Recht an, und es muß gegen seine Bestimmungen alles das erinnert werden, was gegen jene gesagt worden ist.

Consequenter ist jene, wie wir glaubten aus publicistischer Betrachtungsweise entstandene Theorie, der Anspruch auf nothwendigen Unterhalt gehe nie verloren, in dem bürgerlichen Gesetzbuch für die östreichische Monarchie durchgeführt, in dem Thl. II. Hpst. 14. §. 795. verfügt ist:

«Einen Notherben der von seinem Pflichttheil gesetzmäßig ausgeschlossen wird, muß doch immer der nothwendige Unterhalt ausgemessen werden.»

Wenn wir nun auch dieser Bestimmung das Lob der Consequenz nicht versagen können, so müssen wir doch außerdem, daß die Sache an sich naturwidrig ist, auch aus dem publicistischen Gesichtspunct noch dagegen bemerken, daß der Staat die Kraft seiner Glieder auf diese Weise schwächt, der Träge wird sich viel eher aus seiner Trägheit reißen, wenn er in Dürftigkeit gerathen, seinen Unterhalt aus der öffentlichen Armenkasse erlangen muß, als wenn es ihm möglich ist von seinen Eltern denselben gerichtlich zu erzwingen, ja nicht mal derselbe durch die letztwillige Verfügung der Eltern ihm entrissen werden kann, ersteres wird er für Schande halten, letzteres wird in Zeiten wo Leichtsinn und Impietät nicht zu den seltenen Dingen gehören, öfters als ein ganz natürliches Mittel gebraucht werden, sich das Leben leicht und genußreich, seinen rechtschaffenen Eltern schwer und sorgenvoll zu machen: was sollte wohl diejenigen, welche einmal gewissenlos ihre Kindespflicht aus den Augen gesetzt haben, hiervon abhalten? Wird es ihnen nicht willkommen seyn, daß das Gesetz ihre Selbstsucht in Schutz zu nehmen scheint, und unabsichtlich wirklich in Schutz nimmt?

Der Code civil enthält zwar keine gesetzliche Disposition über den Verlust des Anspruchs auf Alimente und kennt

auch den Unterschied von alimenta civilia und naturalia nicht, indeß ist doch die Vorstellung aufgekommen, daß es dem Geist des Code angemessen sey, denselben durch L. 5. §. 11. D. de agnoscend. et alendis liber. zu ergänzen. Toullier (le droit civil francais T. II. p. 10) sagt:

Suivant le droit romain, l'offense que le père avoit reçue de son fils pouvait être assez grave pour l'autoriser à lui refuser des aliments. La lois 5. §. 11. D. de agnosc. et alend. lib. en donne pour exemple le fils qui avait dénoncé son père.

Cette disposition est conforme à l'esprit du code, qui déclare indigne de succéder celui qui a porté contre le défunt une accusation capitale iugée calomnieuse Art. 727.

Toullier bemerkt ferner, daß vor dem Code einige angenommen hätten, die Forderung auf Alimente gehe in allen den Fällen verloren, wo Grund der Enterbung vorhanden seyn würde [4]), andere es sey dies nur bey gewissen Enterbungsursachen der Fall. Wenn nun auch nach dem Code keine Enterbung mehr zulässig ist, so ist deßhalb die Verweigerung der Alimente keineswegs nur auf den Fall der Erbunwürdigkeit zu beziehen, da die Reichung der Alimente mit der Succession in die Güter eines Verstorbenen, wie wir gezeigt haben, nur sehr irrig zusammengestellt wird. Bey den Diskussionen im Staatsrath über die Dauer der Alimentationsverbindlichkeit wurde die Ansicht vorgetragen, dieselbe auf unerzogene Kinder zu beschränken, (und diese Absicht hatte die Section der Gesetzgebung in der Abfassung des Art. 203 zu erkennen gegeben, indem sie das Wort élever nach dem Wort entretenir gestellt hatte, um mit jenem die Grenze der Verbindlichkeit anzuzeigen,) und man stützte sich dabey darauf; es würde wenig Eltern geben, welche nicht, wenn es ihre Kräfte erlaubten, ihre arm gewordenen Kinder unterstützten,

4) Man vergleiche auch *Merlin* repertoire unter dem Wort *alimens*.

ohne daß es eines Zwangs dazu bedürfe, stelle man aber die Sache anders, so würde es bald nicht an Kindern fehlen, welche durch Trägheit und unedle Neigungen getrieben, das Gesetz zu mißbrauchen und das Zusammenleben in der Familie zu einer Quelle des Haders des Mißmuths und der traurigsten Auftritte umzuschaffen sich nicht entblödeten. Wenn nun auch diese Ansicht in ihrer Strenge und Uebertreibung wohl mit Recht, wenn gleich nicht durchgehends aus haltbaren Gründen verworfen wurde, so konnte man doch keineswegs die Absicht haben, indem man die Kinder gegen mögliche Zurücksetzung und Verstoßung der Eltern schützen wollte (cependant, sagte der erste Consul, si la loi déclare qu'il n'est point dû d'aliments au fils majeur, elle met les tribunaux dans l'impossibilité d'en adiuger) die Eltern der Anforderungen und Zumuthungen ihrer unwürdigen Kindern bloßzustellen. Nur indem man in den Debatten mit entgegengesetzten gleich verwerflichen Extremen sich zu sehr beschäftigte, ist das Bedürfniß, diesen Punct genauer zu bestimmen und zu entwickeln, übersehen worden. Zudem die Section für Gesetzgebung mußte es nach ihrer Ansicht für unnöthig halten, und so lag dem Staatsrath darüber kein Vorschlag vor. Immer hat aber doch diese Vernachlässigung etwas Auffallendes, da ganz ähnliche Verhältnisse bey Gelegenheit der Frage über die Verbindlichkeit des Vaters zur Dotation zur Sprache gekommen waren, und als Resultat sich sogar ergeben hatte: l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement. [5])

5) *Tronchet* hat in dem conseil d'etat bey dieser Gelegenheit gesagt.
Il faut bien se garder d'armer les enfants contre leur père: l'action qu'on propose de leur donner deviendrait un moyen de le gêner, de l'embarasser, de rompre ses spéculations. Quelquefois il ne voudra pas consentir à un mariage indiscret: et l'on forcera son consentement, en le plaçant dans l'alternative, ou de le donner,

Nach diesen Erwägungen werden wir nicht anstehen dürfen, den Code durch die «excellentes maximes» des Röm. Rechts, wie Maleville die Grundsätze des Röm. Rechts über die Alimentenlehre rücksichtlich der Kinder und Eltern nennt, zu ergänzen, aber so wie sie in diesem wirklich und vernünftig sind, so wie sie auch im Zusammenhang des französischen Gesetzes, als nothwendig sich darstellen, um so mehr, da dieses die väterliche Gewalt in weit engere Gränzen einschließt und dadurch das Familienband loser macht, und für den Vater die Möglichkeit vermindert, das erwachsene Kind in den Schranken der Ehrbarkeit und guten Sitte festzuhalten.

Endlich darf comporativ nicht übersehen werden, daß bey den Römern bekanntlich das Kind aus der Gewalt des Vaters vor dessen Tode überhaupt nur durch irgend einen Act der Entlassung (mancipatio, in adoptionem datio) heraustreten konnte, und daß diese Entlassung, den Fall grober und unverdienter Mißhandlung erwachsamer Kinder ausgenommen, gänzlich in der Willkühr des Vaters stand. Daher war es ihm gemeiniglich bis auf einen gewissen Punct zuzurechnen, wenn der ausgeartete Emancipatus ihn nun durch seine Schuld in den Fall setzte, ihn ernähren zu müssen, denn er hätte ihn unter seiner strengen Obhut behalten sollen, bis das nicht mehr zu befürchten stand. Das ist alles anders bey uns, wo die Kinder gewöhnlich gar nicht emancipirt werden, bis sie durch eigenen Erwerb und Haushalt, die ihnen der Vater nicht unbillig verwehren darf, oder gar wie nach dem Code durch ein bestimmtes Alter ipso jure aus der Gewalt austreten. Daraus folgt, daß man nach unserem Recht viel weniger geneigt seyn dürfe, dem Vater die Alimentationslast aufzulegen, als die Römer es nach ihrem Recht seyn konnten.

ou d'exposer aux regards du public le bilan de ses affaires. Au reste, pour corriger les abus rares du refus des pères, on pourrait autoriser la famille à reclamer la dot au nom de la fille. Hätte man nicht diesen Vorschlag auf die Forderung von Alimenten anwenden können?

II. Bedingungen und Umfang dieser Verbindlichkeiten.

Was den Inhalt dieser Alimentationsverbindlichkeit betrifft, so sagt das Römische Recht die Alimente seyen nach der Facultas des Verpflichteten von dem Judex anzuordnen [6]), dessen Arbitrium das Nähere überlassen wird, es ist also nicht in die Willkühr der Parteyen gestellt einen Vertrag darüber zu schließen, ein solcher würde nichtig seyn. Ausdrücklich aber bestimmt das Römische Recht, daß von einer Alimentationsverbindlichkeit nur dann die Rede sey, wenn der Sohn sich nicht ernähren könne (sed si filius *possit* si exhibere, aestimare iudices debent, ne non debeant ei alimenta decernere) [7]). Ein kaiserliches Rescript hat noch näher angegeben, wonach zu beurtheilen sey ob der Sohn sich wirklich ernähren könne. «Aditi a te competentes iudices ali te a patre tuo iubebunt pro modo facultiatum eius: si modo, cum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis. Der Kaiser sagt also aus, der Sohn kann sich ernähren, wenn er irgend eine Ausbildung seiner Kräfte besitzt, durch deren Gebrauch er Unterhalt erwerben kann, freylich muß sich seine Gesundheit in einem solchen Zustand befinden, daß ihm diese Anwendung von den ausgebildeten Kräften zu machen, möglich ist. Es ist gewiß aus einer geistlosen Erklärung des eben mitgetheilten Rescripts die Behauptung hervorgegangen, nur Handwerker und Bauern seyen dadurch, daß sie die Kräfte ihrer Kinder zum Erwerb

6) L. 5. §. 7. D. de agnosc. et alend. lib. L. 3. C. de alend. lib. — Es ist keine *Actio* mit welcher der Sohn die Erfüllung dieser Verbindlichkeit verfolgen kann, sondern es fand *Cognitio* statt. L. 1. pr. §. 8. L. 18. D. l. l. und deßhalb ist es auch nicht als etwas Anomales anzusehen, daß sogar dem Filius in Potestate wegen dieser Verbindlichkeit gegen seinen Vater aufzutreten gestattet war. Konnte sich sogar der Sclave des Erblassers, dem dieser die Freyheit durch ein Fideicommiß hinterlassen hatte, gegen den Erben seinen nunmehrigen Herrn der Cognitio bedienen.

7) L. 5. §. 7. D. l. l.

hinlänglich ausgebildet hätten, von der Alimentationspflichtigkeit befreyt. Anderseits bemerkt aber schon Bartolus [8]) ganz richtig, daß dem Sohn keine seinem Stande unangemessene Arbeit könne zugemuthet werden, selbst vorausgesetzt, daß er sie zu verrichten geschickt wäre. Freylich wird auch dieß nach der etwaigen Veränderung des Standes des Verpflichteten modifizirt werden müssen. Aus dieser Betrachtung zeigt sich, daß indem alles so sehr von dem concreten Fall abhängt, das Römische Recht völlig richtig, das Ganze auf das Arbitrium Judicis gestellt hat. Besonders aber ist aus seinen Bestimmungen mit Lob hervorzuheben daß ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht ist: Ansprüche auf Alimentation entständen erst dann, wenn der Sohn sich nicht ernähren könnte.

Auch das Preuß. Ldr. weist auf diesen Punct sehr bestimmt hin. Thl II. Tit. 2. §. 251 u. 52.

«Auch nach aufgehobener väterlichen Gewalt sind Kinder und Eltern einander wechselseitig zu unterstützen, und eines das andere, wenn es sich selbst nicht ernähren kann, mit Unterhalt zu versehen schuldig.

Ist das Unvermögen, sich selbst zu ernähren durch Krankheit, Unglücksfälle, oder sonst unverschuldet entstanden: so sind die Kinder den Eltern, und diese jenen, anständigen Unterhalt nach ihrem Vermögen zu reichen verbunden.»

Das Oestreichische Gesetzbuch sagt ebenfalls §. 141.

«Es ist vorzüglich die Pflicht des Vaters, so lange für den Unterhalt der Kinder zu sorgen, bis sie sich selbst ernähren können.»

Für einen Fehler müssen wir es halten daß der Code über diesen Punct keine deutliche Bestimmung enthält, denn im Art. 203. heißt es schlechthin Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation

8) Tractatus de alimentis n. 11:

de *nourrir* et *entretenir* et élever leurs enfans, und von dem Artikel 208 (Les alimens ne sont accordés que dans la proportion du *besoin* de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit) läßt sich höchstens sagen, daß er nur sehr unbestimmt auf die Ernährungsfähigkeit hindeute [9]). Wenn es nun gleich gar nicht dem Geiste des Gesetzbuchs widerstreitet, dasselbe aus dem römischen Recht zu ergänzen [10]), so kann die Art der Abfassung des Artikels doch leicht zu dem Mißverständnisse Veranlassung geben, als seyen die Eltern schlechthin zur Ernährung ihrer Kinder verpflichtet, und Urtheile in diesem Geiste gesprochen (an denen es nicht fehlt) würden nur Faulheit und schädliche Unabhängigkeit der Kinder befördern, und indem sie der Trägheit und Nichtswürdigkeit eine Prämie setzten, an dem Untergang der öffentlichen Sittlichkeit arbeiten. [11])

Wenn nun auch der Sohn eine hinlängliche Erwerbfähigkeit erlangt hat, so kann es sich dennoch zutragen, daß er nicht im Stande ist, sich seinen Unterhalt zu erwerben, dies kann in äußeren Verhältnissen seinen Grund haben, oder in des Sohnes eigener Person, im erstern Fall tritt unter den allgemeinen Bedingungen für den Vater die Verpflichtung ein jenen zu unterhalten, im zweiten Fall, wenn der Grund warum der Sohn des Unterhaltes entbehrt, ihm selbst beyzumessen ist, etwa weil er durch seine Lebensweise, durch sein Betragen alles

9) Man kann zwar sagen wer arbeiten kann, hat keine Alimente nöthig, die Worte dans la proportion du besoin können auch darauf gedeutet werden, daß, indem sich in abstracto keine Alimentationssumme festsetzen lasse, diese in concreto — das Recht alimentirt zu werden vorausgesetzt — theils nach dem Bedarf des Berechtigten, theils u. s. w. festzusetzen sey.

10) Merlin sagt im repertoire unter dem Wort alimens. Les pères, les mères et les autres ascendans doivent des alimens à leurs enfans, et petits enfans jusqu' à ce qu'ils puissent s'en procurer par leur travail.

11) cfr. Toullier l. l. T. I. p. 6.

Vertrauen beym Publikum verscherzt hat, ist gewißlich der Vater nicht dafür in Buße zu nehmen, dieser hatte ja den Sohn in den Stand gesetzt sich zu ernähren. In diesem Sinn hat denn auch des Preuß. Ldr. I. I. §. 252 darüber verfügt. Das Oestreichische Gesetzbuch enthält hier eine Lücke, von dem Code darf dieß nach dem zuletzt Erwähnten kaum besonders bemerkt werden. Es leidet aber keinen Zweifel, daß dennoch in den Ländern, wo die beyden zuletzt genannten Gesetzbücher zur Anwendung kommen, diese in der Natur der Sache liegende Regel bey Entscheidungen angewandt werden muß.

Wie der Vater von der Alimentationsverbindlichkeit befreyt wird durch die Fähigkeit des Kindes sich selbst seinen Unterhalt zu verdienen, so hört dieselbe auch dadurch auf, daß das Kind eigenes Vermögen hat, was ihm hinreichenden Unterhalt austrägt. Wenn nun aber die Einkünfte aus dem Vermögen nicht hinreichen, ist dann der Vater verpflichtet, das Fehlende zu ergänzen, oder kann der Vater die Forderung des Kindes unter den angegebenen Umständen entgegensetzen: verzehre dein Kapitalvermögen, dann erst wenn du in den Zustand absoluter Dürftigkeit gerathen bist, erwacht meine Verbindlichkeit. Daß das spätere römische Recht, für die Zeit, wo das Kind in der väterlichen Gewalt stand, eine solche Vertheidigung nicht anerkannte, sehen wir aus L. ult. §. 4. u. 5. C. de bonis quae liberis. Danach hatte der Vater nicht das Recht die Güter des Kindes zu veräußern, weil die Einkünfte aus denselben die Alimentationskosten nicht deckten. Aber auch für den Fall daß das Kind nicht mehr in der väterlichen Gewalt steht, scheint mir dieselbe Entscheidung passend zu seyn. Offenbar wird die theilweise Bedürftigkeit des Kindes, wenn der Vater derselben nicht abhilft, über kurz oder lang zur absoluten führen, in die das Kind zu versetzen dem älterlichen Verhältniß widerspricht, und ein solches Verfahren erscheint um so unzulässiger, als es einen großen Mangel der wahrhaften Fami-

liengesinnung verräth, da es in der Regel selbst gegen das Interesse des Familienvermögens streiten wird. Das römische Recht, indem es eine gleiche Verpflichtung den Emancipatus wie den Sohn in der Gewalt zu alimentiren, anerkennt, wird offenbar da die Verhältnisse in dem einen wie in dem andern Fall sind, als in beiden gleich entscheidend angenommen werden müssen. Daß während der Gewalt der Vater die Administration hatte und die Güter durch Anwendung großer Sorgfalt einträglicher machen konnte, thut nichts zur Sache, denn Nachlässigkeit in der Bewirthschaffung kann der Vater ja gegen die Forderung des Kindes geltend machen. Auch von der publicistischen Seite her betrachtet, kann Manches für die Ansicht, der Vater sey verpflichtet dem Sohn das Fehlende zu ergänzen, angeführt werden, der Staat bekommt dadurch eine geringere Anzahl solcher Bürger die in absoluter Dürftigkeit leben, dem Manne der einiges Vermögen besitzt wird es leichter wie dem ganz Dürftigen sich spätermal sein völliges Auskommen zu verschaffen, ja sich in Wohlstand zu bringen. In der Beurtheilung des Ganzen muß begreiflicher Weise dem Arbitrium Judicis ein großer Spielraum gelassen werden. Manches ist aber dem den Familienverhältnissen fremden Richter, welchem nicht leicht gleich die wahre Einsicht in Alles verschafft werden kann, unmöglich zu beurtheilen, und wenn es sich hier de lege ferenda handelte, so würde ich die Familie concurriren zu lassen, vorschlagen.

Die neuen Gesetzbücher enthalten über diesen Punct gar nichts, es ist den Prinzipien derselben aber angemessen, sie durch das römische Recht, welches die Natur der Sache ausspricht, zu ergänzen.

Wenn nun nicht einmal die Güter des Kindes veräußert werden können, damit dasselbe nicht in absolute Dürftigkeit geräth, so kann auch anderer Seits gewiß nicht davon die Rede seyn, wenn die Einkünfte des älterlichen Vermögens nur hinreich-

ten zur Bestreitung des eigenen Bedürfnisses, den Eltern zur Alimentirung erzogener Kinder die Auopferung ihres Kapitalvermögens aufzulegen. Ein Antrag darauf von Seiten eines Kindes, dessen Durchsetzung seine Aeltern künftig in den Zustand der Dürftigkeit brächte, enthält eine solche Impietät, daß ich ihn für Grund genug erachten würde, ein solches Kind, wenn der Vermögenszustand der Eltern sich plötzlich besserte, überhaupt mit jedem Alimentengesuch abzuweisen. Keine unserer Rechtsquellen enthält über diesen Punct eine ausdrückliche Bestimmung. In der ersten Redaction des Art. 210. des Code war allerdings unsere Frage ausdrücklich berührt, diese Redaction, welche auch ganz so dem Tribunat vorgelegt wurde, lautete:

«Celui qui ne peut payer une pension alimentaire, reçoit dans sa demeure, nourrit et entretient celui auquel il doit des alimens pourvu que son revenu et son travail suffisent pour fournir de semblables secours. Dagegen, so wie gegen die Abfassung des Art. 211. erinnerte das Tribunat: On propose de supprimer ces deux articles, comme étant purement réglementaires, et statuant sur des points dont la décision, subordonée à des circonstances infiniment variées, doit être abandonnée à la prudence des tribunaux.

Ob die Alimente in Natura oder in Geld zu prästiren seyen, darüber enthält das römische Recht gar keine Bestimmung, das war sicherlich dem Ermessen des Magistratus überlassen, in Deutschland hat sich ebenfalls meines Wissens kein Gebrauch über diesen Punct gebildet, auch das Preuß. Ldr. und das Oestr. Gesetzbuch hat darüber nichts festgesetzt, wohl aber galt in Frankreich vor dem Code im Allgemeinen der Grundsatz, daß den Descendenten Alimente in Natura, den

12) Brauer in seinen Erläuterungen über den Code Napoleon Bd. 1. S. 186. n. 42. geht in der Behandlung dieser Frage von ganz irrigen Prinzipien aus.

Ascendenten Geldpensionen zuzuerkennen seyen. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß es für den Ascendenten gar leicht etwas kränkendes haben kann an den Tisch des Descendenten zu gehen, und daß daher dieser Gebrauch in der Natur der Sache begründet ist. Dagegen ist der Artikel 210 u. 12. des Code so abgefaßt, daß Geldpensionen die Regel ausmachen. Es ist zwar dem Richter nicht benommen, auf das eine oder das andere zu erkennen, diese Freyheit aber ist ihm im Allgemeinen nur dann gestattet, wenn die Vermögensumstände des Verpflichteten erweislich nicht erlauben, daß er eine Geldpension auszahlen kann. Nach der Abfassung des Artikel 211 sind bey den Eltern als Verpflichteten noch andere Gründe, die zu bestimmen der Einsicht des Tribunals anheimgestellt ist, zulässig. In diesen Grundsätzen zeigt sich nun zuförderst rücksichtlich der Verpflichtung der Ascendenten gegen ihre Descendenten, namentlich der Eltern gegen ihre Kinder ein Verkennen des Verhältnisses derselben zueinander, denn diesem ist es angemessener, daß die Kinder sich ohne alle Rücksicht auf Größe des Vermögens der Eltern an deren Tisch einzufinden, sodann ist ferner eine unbillige Folge, daß die Ascendenten wenn es ihr Vermögen nicht erlaubt eine Geldpension zu geben, den Zustand desselben vor dem Publicum darzulegen gezwungen sind, was für sie z. B. für den Betrieb ihres Geschäftes von dem nachtheiligsten Einflus seyn kann, ein Punct der bey den Discussionen über die necessaria dos in dem Staatsrath nachdrücklich hervorgehoben worden ist. Glücklicherweise hat auch nach Abfassung des Code der alte Gerichtsgebrauch von angesehenen Juristen Beifall gefunden [13]. In der Geschichte und dem

13) Il faut cependant conserver l'esprit de cette ancienne jurisprudence, si les circonstances ne s'y opposent absolument sagt Maleville in seiner Analyse raisonée de la discussion du code civil au conseil d'état. (Xème edit.) T. 1. p. 224. — Toullier l. l. p. 6. La demande des père et mère qui offrent de recevoir, de nourrir et entretenir dans leur demeure l'enfant à qui ils doivent des aliments, est toujours favorable. Besonders sind noch zu vergleichen die Nachweisungen, welche Toullier giebt über die Frage ob die Kinder mit

Gerichtsgebrauch unwissende Richter werden aber leicht durch die Form der citirten Artikel verleitet werden, in einem Geist zu entscheiden, der unserer Zeit, welche von schlechter Freyheit und Selbstständigkeit mit Recht nichts mehr wissen will, ganz fremd ist.

Die Verbindlichkeit der Eltern ihre Kinder zu alimentiren beschränkt sich nicht immer bloß auf die Person der Kinder. Hatte der Römische Vater seinem Sohn, der in der Gewalt stand, erlaubt eine Ehe zu schließen, so war er der Natur der Sache nach zur Alimentation verpflichtet [14], vorausgesetzt, das der Sohn kein hinreichendes Peculium hatte. Wir zweifeln aber auch nicht daran, daß dem Filius sui Juris constitutus der sich verheirathet hatte, vom Magistratus seiner Lage angemessene Alimente zuerkannt wurden; gewiß nahm dann jedoch der Consul darauf Rücksicht, ob nach dem Zustand der Dinge der Sohn billigerweise Ansprüche machen konnte, ob er nicht etwa durch grobe Verschuldung sich in Armuth gestürzt hatte, und wenn auch bey der Verheirathung des Emancipatus das Erforderniß der väterlichen Einwilligung nicht absolut vorhanden war, so mußte doch eine Heirath ohne die Eltern zu fragen, oder gegen ihren entschiedenen, auf vernünftigen Gründen beruhenden Willen, als wahre Impietät für den Magistratus ein wichtiges Motiv seyn, die Klage auf Alimente abzuweisen. Zu den vernünftigen Gründen der verweigerten Einwilligung muß aber immer gehören, daß der Sohn nicht im Stande sey, eine Familie zu ernähren schon an und für sich, aber noch

der Exception die Eltern ließen ihnen schlechte Behandlung angedeihen zu hören seyen. Man sehe auch noch nach Coder Napoleon dargestellt und commentirt von Lassaulx 1. Thl. S. 349. Nicht sehr tief ist die Sache aufgefaßt von Hua in dessen conférences sur le code Napoleon. Die Redaction des Art. 211, welche dem Tribunat vorgelegt wurde und so lautete: «Le père ou la mère ne pourra, dans aucun cas, être contraint de payer la pension alimentaire lorsqu'il offrira de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure l'enfant à qui il devra des aliments war zu hart.

14) L. 20. §. 2. Dfamil. ercisc.

vielmehr wenn der Sohn durch sein Betragen sich diese Möglichkeit erschwert oder ganz abgeschnitten und sich durch Unsittlichkeit außer Stand gesetzt hat, einem Hauswesen vorzustehen und eine würdige Frau in sein Haus einzuführen. Was unser gemeines Recht betrifft, so wird von mehreren Juristen die Einwilligung der Eltern zur Eingehung einer Ehe selbst für die Kinder, welche nicht mehr in der Gewalt stehen, verlangt, dasselbe oder nur die Einwilligung des Vaters haben auch neuere Gesetzgebungen erfordert z. B. das Preuß. Landrecht. Da man nun voraussetzen kann, daß kein Diligens Paterfamilias die Einwilligung zur Eingehung der Ehe geben wird, wenn nicht die Ehegatten die Aussicht auf das nöthige Auskommen haben, so scheint es nicht unbillig die Verpflichtung der Eltern zu Alimenten gegen die Familie des Sohnes auszudehnen, wenn sie der Ehe ihre Zustimmung gegeben haben [15], doch hängt auch hier wieder manches von besonderen Umständen ab. Der Code Civil giebt den Eltern das Recht bis zum vollendeten 25. oder 21. Jahre des Kindes (je nach dem Geschlecht) die Einwilligung zur Heirath zu versagen, nach dieser Zeit bedarf das Kind des Consenses nicht mehr, muß aber dennoch in einer förmlichen Weise um ihren Rath nachsuchen. In den Fällen wo, wenn ohne Einwilligung die Ehe geschlossen wird, dennoch keine Nichtigkeit eintritt, oder wo nach erreichtem 25. oder 21. Jahre nur Anfrage um Rath erfordert wird, scheint es dennoch aus den, beym Römischen Recht angeführten Gründen nothwendig in der Regel Ehegatten die wider den Willen der Eltern zusammengekommen sind, Alimente zu verweigern, und zwar würde eine entgegengesetzte Entscheidung um so un-

15) Das Preuß. Ldr. (2 Thl. 1 Tit. §. 60.) giebt es ausdrücklich als einen erheblichen Grund an, warum der Vater die Einwilligung versagen kann, wenn er einsieht, daß den künftigen Eheleuten das nöthige Auskommen fehlen wird. Diese Bestimmung scheint mir auch ihren guten publicistischen Grund zu haben. Daß ein Gesetzbuch in einem Land wo die Regierung nicht sowohl auf die moralische Ausbildung der Bürger, als auf die Anzahl der Bevölkerung sah, eine solche Verordnung nicht enthält, giebt mich nicht Wunder.

billiger erscheinen, da es sonst in die Hand verschwenderischer Kinder gegeben würde, ihre Eltern für die gerade sich dadurch als vernünftig bewährende Weigerung ihrer Einwilligung auf's Empfindlichste zu bestrafen, daß sie sich selbst recht eilig in den Fall brächten, die Alimente zu bedürfen. Anderer Seits läßt es sich aber auch nicht in Abrede stellen, daß es Fälle giebt, wo Eltern aus unwürdigen Gründen der Ehe ihrer Kinder Hindernisse in den Weg legen, und ein wohlhabender Vater oder eine wohlhabende Mutter dadurch, daß sie Alimente verweigern ihr Kind ins Unglück bringen. Man kann zwar dagegen sagen, daß dasjenige Kind, welches gegen den Willen der Eltern eine Verbindung schließt, der Impietät sich immer in einem gewissen Grade schuldig macht, und das französische Recht vor dem Code sowohl, wie das Preuß. Landrecht [16]) hat es den Eltern möglich gemacht eine solche Gesinnung zu strafen: dennoch liegt oft in dem concreten Fall manches was zur Entschuldigung in hohem Maaße beyträgt, und deßhalb wäre es ungerecht in diesem Punct durch einen absoluten Satz ganz das Arbitrium Judicis ausschließen zu wollen. Gewiß aus demselben Grund hat sich in Frankreich kein Gerichtsgebrauch darüber festgesetzt, und wir müssen es lächerlich finden, wenn man sich zu Gunsten der Eltern oder der Kinder so schlechthin auf dieses oder jenes Urtheil berufen hat. Auch Merlin [17]) nachdem er widersprechende Urtheile angeführt hat, sagt: «Il resulte de ces contradictions apparentes, qu'en prononcant sur des questions de ce genre, les iuges ont communement égard aux circonstances du fait, aux qualités des parties. Toullier [18]) scheint in jedem Fall die Impietät berücksichtigt wissen zu wollen, denn er schließt seine Bemerkungen über unsere Untersuchung mit den Worten: Mais dans ce cas les alimens doivent être reduits au rigoureux nécessaire.

16) Toullier l. l. p. 11. — Preuß. Ldr. 2 Thl. 1 Tit. §. 996.
17) Repertoire unter dem Wort *alimens*.
18) Toullier l. l. T. 1. p. 11.

Ueber die operis novi nuntiatio *)

von

Herrn Dr. G. Hasse
(gegenwärtig in Berlin).

§. 1. Operis novi nuntiatio ist Verbot eines Werks mit bestimmter Solennität. Der Charakter dieser Solennität gehört natürlich zum Begriff der Nuntiatio; aber wir können ihn nicht eher entwickeln, bis wir untersucht haben, welche Werke so verhindert werden können; wie die Personen, die hier vorkommen, im Recht aufgefaßt sind; welches die Form der Nuntiatio selbst ist; dann ihre Wirkungen, und wie diese

*) Den ersten Theil dieser Abhandlung über die operis novi nuntiatio habe ich neulich zu einer Inaugural-Dissertation benutzt. Da diese von den Wenigen, in deren Hände sie gekommen, wohl aufgenommen worden ist, so wage ich es, denselben Gegenstand, nochmals überarbeitet in Verbindung mit dem Interdict aus Gewalt oder Heimlichkeit, hier deutsch abdrucken zu lassen. — Ich hatte die Dissertation »de novi operis nuntiatione« überschrieben und mich dabei auf die Wort-Ordnung in der Ueberschrift des Codex-Titels verlassen. Diese Auctorität fällt nun aber nach einer Mittheilung, die mir Herr Professor Blume zu machen die Güte hatte, weg, und so wird es bey der auf jeden Fall viel häufigeren Ordnung »operis novi nuntiatio« bleiben müssen.

Ueber die Litteratur der Abhandlung sage ich an dieser Stelle nichts; es könnten hier doch nur Behauptungen aufgestellt werden, die erst der Verlauf der Sache rechtfertigen müßte; ich verschiebe daher das Wenige, was hierüber im Allgemeinen zu sagen ist, bis zum Schlusse des Ganzen. Einzelne Meinungen Anderer werden, wenn auch sparsam, schon in den Noten vorkommen.

Der Plan, den ich in der Behandlung des Gegenstandes selbst zu befolgen gedenke, ist dieser: Zuerst soll, um einen festen Grund zu gewinnen, die operis novi nuntiatio für sich und unabhängig von einer Vergleichung mit dem andern Institute entwickelt werden; dann das interdictum quod vi aut clam mit beständigem Beachten der analogen Punkte aus der operis novi nuntiatio. Was dann über die L. 5. §10. folgt, gehört beiden Theilen gleich an. Zum Schlusse ein paar Worte über die heutige Anwendbarkeit des Dargestellten.

begränzt sind, also auch die Aufhebungsarten der Nuntiatio; — und bis dieses Alles mit einander verglichen worden ist.

§. 2. Zuerst das Werk, welches untersagt werden soll, muß ein opus in solo factum, ein opus solo coniunctum seyn; und dahin wird hier nur gerechnet Bauen und Niederreißen von Gebäuden; also z. B. nicht das Abhauen von Bäumen, L. 1. § 11. 12. D.h. t. Daß die Bedeutung von opera in solo facta nicht immer so eng genommen wurde, werden wir unten bei dem interd. qu. v. a. cl. sehen.

§. 3. Von den Personen, die bei der nuntiatio vorkommen, fragen wir zuerst nach der des Nuntianten. Also: Wem stand das Recht der Nuntiatio zu? An verschiedenen Stellen des hieher gehörigen Pandekten-Titels werden verschiedene Personen genannt, und den Commentatoren schien es der einfachste und untrüglichste Weg zur Beantwortung jener Frage, wenn sie alle diese Personen ohne Weiteres zusammenzählten. Einige, denen das Resultat noch nicht genügte, addirten zu den in den Quellen genannten andre, die ihrer Meinung nach hätten genannt werden müssen, so den bonae fidei possessor. Eine Verbindung zwischen den wirklich vorkommenden Personen aufzusuchen, etwas Gemeinsames, welches gerade für das Recht der Nuntiatio das Wesentliche wäre, wurde gewöhnlich verabsäumt. Reinhardt (Ausführl. Erläuterung des Pandectentitels: de novi operis nuntiatione. Stuttg. 1820.) hilft sich leicht: er sagt §. 16. b. β. das Recht stehe den Betheiligten zu, und zählt dann die in den Gesetzen genannten Personen einzeln auf, als wären das die einzigen Betheiligten, die hier möglicher Weise vorkommen könnten; als könnte nicht auch der Pächter, der precäre Besitzer u. s. w. ein Interesse haben, daß ein Gebäude nicht aufgeführt, ein stehendes nicht abgerissen werde [1]). — Kämmerer [2]).

1) Grade wie Reinhardt macht es Lauterbach in seinem collegium theor. pract. (ed. III Tubing., 1725. p. 5.) Er sagt: „Nuntiationem privatam faciunt, quorum interest, novum opus non fieri.“ Dann folgen p. 6. 7. die einzelnen Personen.

2) de op. nov. nunc. Heidelb. 1807. 8.

p. 84. 89. 90. will das Princip finden in einer Eintheilung der dinglichen Rechte, je nachdem Bestandtheile des Eigenthums, iura proprietatis, oder nur iura usus in ihnen enthalten seien. Der Eigenthümer steht da natürlich oben an, da er alle Proprietäts- und Nutzungsrechte in sich vereinigt; ihm folgen Superficiar, Emphyteuta und Vasall, die volles Nutzungsrecht und daneben einige Eigenthumsrechte, dann der Pfandgläubiger, der Eigenthumsbefugnisse ohne Nutzung, und endlich die Personal- und Real-Servitut-Berechtigten, die bloßes Nutzungsrecht haben sollen. — Wenn wir nun auch eine solche Eintheilung der dinglich Berechtigten annehmen wollten und könnten, so ist doch nicht einzusehen, was durch diese Klassifikation für unsern Gegenstand gewonnen wäre. Den ersten drei Klassen gesteht Kämmerer das Recht zu proprio nomine zu nuntiiren; der Usufructuar soll nicht suo, sondern nur alieno nomine nuntiiren können. Wie kann das mit jener Eintheilung zusammenhängen, da dieser ja dort mit den Real-Servitut-Berechtigten in eine Klasse gestellt wird, denen doch, wie Kämmerer gar nicht leugnet, die Nuntiatio in eignem Namen zusteht?

Wir müssen also ein anderes Princip aufsuchen. Ich glaube, daß die ursprüngliche Ansicht der Römer, wenn auch nirgends so klar ausgesprochen, diese war. Das Recht der Nuntiatio war, streng genommen, nicht gewissen Personen, sondern, auf gewisse Weise analog den Prädialservituten, dem praedium, der res, gegeben: einzelnen Personen nur insofern sie in solchem nexus mit dem Grundstücke standen, daß sie zur Repräsentation desselben zugelassen werden konnten.

Eine Stelle, der man es ansieht, daß sie im Allgemeinen die Personen angeben will, welchen das Recht der Nuntiatio zustehe, ist L. un. §. 3. D. de remissionibus.

> „ius habet novum opus nuntiandi, qui aut do-
> „minium aut servitutem habet."

Bey „servitus" ist hier natürlich nach dem allgemeinen

Sprachgebrauch nur an Realservitut zu denken; und so ist, glaube ich, der Sinn der Stelle dieser: Ein Grundstück kann auf zweierlei Weise verletzt werden, indem man es selbst körperlich seiner Substanz nach durch Einwirkung, oder indem man sein Recht, welches es an ein andres Grundstück hat, seine Servitut, angreift; in beiden Fällen muß es von seinem Herrn vertheidigt werden. Cf. L. 1. §. ult. h. t. Der Herr ist denn aber auch, wenn es sich von Privatgrundstücken handelt, der Einzige, dem die Nuntiatio als ein selbständiges Recht zusteht. Grade die Stellen, in denen andre Personen in dieser Beziehung genannt werden, beweisen das. Man sieht aus ihnen, daß das Eigenthum als die einzige wahre Quelle jenes Rechts gedacht wurde, wenn man auch die Ausübung desselben noch andern Personen außer dem dominus einräumte. Wir müssen die Stellen einzeln durchgehen, um das nachzuweisen.

§. 4. In L. 9. h. t. wird gesagt, der creditor pignoratitius könne die Nuntiatio anstellen, wenn eine Servitut des zu Pfand gestellten Gutes durch das Werk verletzt werde. Aber es wird als Grund hinzugefügt

„nam ei vindicatio servitutis datur."

Das kann nichts anderes heißen als: denn der Pfandgläubiger hat das Recht, in Ausübung und Schutz der Servituten, die dem fundus pignori datus anhängen, den Eigenthümer zu vertreten.

§. 5. Ganz ähnlich wird die Sache beim Superficiar behandelt in L. 3. §3. h. t.:

„Si ego superficiarius sum, et opus novum fiat „a vicino, an possim nuntiare? Movet quod quasi „inquilinus sum. Sed Praetor mihi utilem „in rem actionem dat, et ideo et servitu„tum causa actio mihi dabitur, et operis novi nuntiatio debet mihi concedi."

Der Superficiar hat nicht allein die actio confessoria

für den Herrn, sondern auch eine utilis vindicatio rei, und so muß ihm denn auch die Nuntiatio als einem Vertreter des Herrn in beiden Beziehungen zugestanden werden, sowohl wenn eine Servitut des Grundstücks, als auch wenn dessen Substanz verletzt wird.

§. 6. Am klarsten tritt die ratio hervor beim Usufructuar: von ihm wird in L. 1. §. ult. h. t. gesagt:

> „Usufructuarius autem opus novum nuntiare suo „nomine non potest, sed procuratorio no„mine nuntiare poterit, aut vindicare usumfru„ctum ab eo, qui opus novum faciat; quae vindi„catio praestabit ei quod eius interfuit, opus no„vum factum non esse."

Darauf folgt in L. 2 eod.

> „Si autem domino praedii nuntiaverit, inutilis „erit nuntiatio, neque enim sicut adversus vicinum, „ita adversus dominum agere potest, ius ei non „esse, invito se altius aedificare, sed si hoc facto „deterior usus fructus fiat, petere usumfructum „debebit."

Wenn ein Werk unternommen wird, welches einen in usufructu befindlichen fundus verletzt, so kann sich der Usufructuar auf zwei Weisen helfen; entweder er vindicirt sein Recht, oder er nuntiirt procuratorio nomine, d. h. an Statt des Herrn. Verletzt aber der Herr selbst das von seinem Eigenthum abgeleitete Recht, so bleibt ihm nur der erste Weg offen. Zur Nuntiatio nämlich wird er ja nur im Namen des Herrn gelassen, dem Herrn selbst gegenüber aber kann er natürlich nicht als Herr fingirt werden. [3])

§. 7. Die Provinzialgrundstücke ferner wurden zur Zeit der Klassiker als im Eigenthum des Röm. Volkes oder des Kaisers

3) Dieser Grund ist schon von Andern anerkannt worden. s. Kämmerer p. 90.

befindlich angesehen. Gai. II, 7. Die Besitzer übten dieses Eigenthum praktisch aus; und so wurde ihnen denn auch die Nuntiatio zugestanden. L. 3. pr. h. t. Daß auch ihre Nuntiatio eigentlich eine procuratoria war, wird in der Stelle nicht angegeben. Auch mußte das sehr in den Hintergrund treten, da jenes Obereigenthum des Kaisers und Volks im eigentlichen Privatrecht wohl überhaupt nicht von großer Erheblichkeit seyn konnte. Im Justinianischen Recht war das längst vergessen.]

§. 8. So viel ist, meine ich, aus dem Bisherigen klar, daß das Recht wegen Verletzung eines Privatgrundstücks zu nuntiiren nicht etwa allen Betheiligten, oder allen dinglich Berechtigten, sondern wahrhaft nur dem dominus zustand. Aus diesem strengen Requisit nun wird der Rückschluß auf die Grundidee einer Repräsentation des Bodens selbst sehr wahrscheinlich. Nur aus ihr erklärt sich ferner was L. 3 §. 3. h. t. gesagt wird: Ein Grundstück ist mehreren gemein; Einer der condomini baut auf dem gemeinsamen Boden; hier sollen sich die Miteigenthümer nur durch das iudicium communi dividundo, nicht aber durch die nuntiatio novi operis helfen können. Sie können nämlich nicht als Repräsentanten auftreten gegen Einen, der selbst das Recht hat, den Boden zu vertreten.

§. 9. So bei den Fundis in commercio. Bei denen extra commercium mußte das anders seyn. Vertreten mußten auch sie werden; vom Eigenthümer konnte das aber nicht geschehen, da sie keinen Eigenthümer hatten, und so mußte nach der Natur der Verhältnisse andern Personen das Recht gegeben werden, sich ihrer Sache anzunehmen.

Ein Verhältniß, was dem Eigenthum nicht ganz unähnlich war, konnte bei dem locus religiosus Statt finden. Wer eine Stelle seines Grundstücks durch Einbringung eines Todten zum locus religiosus machte, der blieb zwar nicht Eigenthümer dieses Orts, doch mußte ihm das Recht bleiben,

ihn vorzugsweise zu schützen und zu vertreten; er konnte Servitutem für ihn erwerben, und diese durch die confessoria schützen, und so mußte er auch vor Allen das Recht haben, durch die Nunciatio ein dem Orte schädliches Werk zu inhibiren. Doch scheint es, daß auch eine allgemeine Befugniß zur Nuntiatio wegen eines solchen Platzes bestand. In L. 1. §. 17. h. t. nämlich wird er zusammen genannt mit dem locus sacer und dem locus publicus. An beiden nun aber läßt sich ein solches Privatrecht, wie an dem religiosus nicht denken, es mußten da also alle Röm. Bürger gleichmäßig zur Nuntiatio zugelassen werden. Von dem locus publicus wird das noch eigends gesagt in L. 3. §. 4. h. t. »Nam«, wie die L. 4. eod. sagt, »reipublicae interest, quam plurimos ad defendendam suam causam admitti.« Nur Volljährigkeit wurde zur nuntiatio ob publicam utilitatem erfordert L. 5. pr. eod.

Wer nun glaubt, daß bei der Nuntiatio wegen Provinzialgrundstücken an jene Fiction eines Obereigenthums nicht gedacht wurde, der mag auch jene nuntiatio hierher stellen. Daß der possessor eines solchen Grundstückes der Nächste zu dessen Vertretung war, versteht sich immer von selbst.

§. 10. Weiter fragen wir, wem wird novum opus nuntiirt? In L. 5. §. 1. 3. h. t. wird eine Menge von Personen aufgerechnet, denen nuntiirt werden kann, Sklaven, Weiber, Bauleute, u. s. w.; aber diese Stellen beziehen sich gar nicht auf unsre Frage, obgleich sie häufig damit zusammengeworfen worden sind. Sie sprechen von der Form der Nuntiatio, sie geben an, zu wessen Ohren diese unmittelbar kommen muß, um zu gelten. Wir wollen hier wissen, gegen wen sie gilt, gegen wen sie gerichtet, und für wen sie verbindlich ist. Die einzige vollkommen richtige und umfassende Antwort auf diese Frage, ist die der L. 10. h. t.:

„operis novi nuntiatio in rem fit, non in per-„sonam.“ Vgl. L. 23. h. t. L. ult. eod.

Nicht dem Herrn des Bodens, auf dem das Werk unternommen wird, nicht dem Unternehmer des Werks, noch irgend einer andern Person wird verboten, das Werk zu machen, das Verbot geht das Werk unmittelbar selbst an, ihm wird gleichsam verboten gemacht zu werden. Die Last der Nuntiatio ruht, wie ein Bann, auf dem Werk, und dauert fort ungeachtet aller Veränderung in der Person des Eigenthümers oder des Unternehmers desselben. Alles was nach der Nuntiatio gegen ihr Verbot, einerlei von wem, geschieht, ist allein schon deshalb, weil es gegen die Nuntiatio ist, unrechtlich. Stirbt der, welcher zur Zeit der Nuntiatio den Boden besaß, oder verkauft er ihn nachher, und der Erbe oder Verkäufer handelt nun gegen das Verbot; so stehn die Rechtsmittel aus der Nuntiatio gegen sie nicht weniger zu, als sie gegen den ersten Besitzer zugestanden haben würden; denn sie haben ein Werk entstehen lassen, welches an sich nicht entstehn durfte. L. 8. §. 7. L. 23. h. t.

Ob sie um die Nuntiatio wußten, oder nicht, ist gleichgültig, zur Gültigkeit ist es nicht einmal erforderlich, daß der erste Unternehmer sie erfahren hat; wenn nur die Form richtig beobachtet ist (s. unt.). Dolus und Culpa können nur die Prästationen aus dem Interdict ändern, das Interdict selbst wird durch ignorantia nicht ausgeschlossen. Ferner wird nicht erfordert, daß der, gegen den ich aus der Nuntiatio klagen will, selbst gegen sie gehandelt habe; sondern nur, daß er nicht hindern will, das in seinen alten Stand zurückzuführen, was auf unrechtliche Weise geändert ist; denn das, was einmal gegen die Nuntiatio gemacht ist, wird nicht rechtlich dadurch, daß es einen andern Besitzer erhält. Alles dies wird sich unten noch deutlicher zeigen, wo wir von dem Interdict aus der Nuntiatio handeln werden.

An diesem Punkte liegt übrigens, wie wir hier schon im Voraus bemerken können, einer der hauptsächlichsten Unterschiede des interdictum qu. v. a. cl. von dem Interdict aus der

Nuntiatio. Dort kömmt, wie wir unten sehen werden, alles auf Delict der Person an; hier ist das etwas ganz Unwesentliches. Die Handlung kann in Beziehung auf den Handelnden eine ganz rechtliche seyn, und doch bringt sie etwas Unrechtliches hervor.

§. 11. Aus dieser Eigenheit der Nuntiatio erklärt sich denn auch wohl vorzüglich, daß man nicht bei ihr, wie bei so vielen andern Instituten in späterer Zeit von der Strenge der Requisite nachließ, selbst nicht derjenigen, die weniger aus der eigenthümlichen Natur der Nuntiatio, als aus ihrem ursprünglichen Bedürfniß hervorgingen. Man konnte bei dem Aequitätsprincip, welches immer mehr Eingang fand, nicht geneigt seyn, ein Institut zu befördern, oder in seinem Wirkungskreise auszudehnen, nach dem es eine Unrechtlichkeit gab ohne Schuld der Person, auf die doch die Folgen des Unrechts zurückfielen.

§. 12. Die Form der Nuntiatio entsprach ihrer Bedeutung. Sie darf, wie L. 5. §. 4. sagt, nicht etwa dem Herrn des Werks auf dem Markte geschehen „sed in re praesenti et paene dixerim ipso opere, hoc est in re ipsa fieri debet.“ Von der Nothwendigkeit in re praesenti zu nuntiiren, macht der Fall der L. 5. §. 7. h. t. eigentlich keine Ausnahme.

> „Si quis ipsi Praetori velit opus novum nuntiare,
> „debet ut interim testetur, non posse se nun-
> „tiare; et si nuntiavit postea, et quod retro aedi-
> „ficatum erit destruendum erit, quasi repetito
> „die nuntiatione facta.“

Es ist durch irgend ein Hinderniß unmöglich in re praesenti auf ordentliche Weise zu nuntiiren z. B. der Herr des Bodens wehrt den Zutritt. Hier soll man zum Prätor gehen und ihm diese Unmöglichkeit bezeugen; bringt man dann später die Nuntiatio in rechter Form an, so soll ihre Wirkung auf die Zeit jener Anzeige zurückbezogen werden. Das, was hier beim Prätor geschieht, ist gar keine Nuntiatio,

obgleich es in der Stelle ungenau so genannt ist; es ist nur ein Act, der unter gewissen Bedingungen die Wirkung einer Nuntiatio hat; man sichert dadurch einer Nuntiatio, die man anzustellen denkt, schon im Voraus rückwirkende Kraft zu. Bleibt diese spätere Nuntiatio aus, so erhält auch jener Act nie die Kraft einer Nuntiatio. Daß auch Ulpian nicht an eine eigentliche Nuntiatio beim Prätor dachte, zeigen die Worte »debet, ut interim testetur, non posse se nuntiare«; wäre die Anzeige beim Prätor auch eine wirkliche Nuntiatio, so konnte er nicht so sprechen. — Das »in re praesenti« ist also unbedingtes Requisit einer gültigen Nuntiatio.

§. 13. Das zweite ist, daß bei der Nuntiatio Einer domini operisve nomine gegenwärtig war; L. 5. §. 3. h. t. Was damit gemeint ist, zeigen die Beyspiele, die dort angeführt werden: Sklaven des Herrn, seine Frau, seine Kinder, oder die Bauleute die an dem Werk arbeiten. Durch ihre Ohren vernahm gleichsam das Werk selbst das Verbot. Deshalb mußte denn aber der Gegenwärtige auch fähig sein, die Nuntiatio zu hören und zu verstehen, es mußte ein intelligens seyn. L. 11. h. t. War eine Person, die diese beiden Eigenschaften hatte, bei der Nuntiatio zugegen gewesen, so kam es nun gar nicht darauf an, ob der dominus operis sie erfuhr; sie galt und wirkte ganz abgesehen von aller scientia oder ignorantia. L. 1. §. 5. h. t.

> „Adversus absentes etiam, et invitos et ignorantes
> „operis novi nuntiatio procedit."

Es konnte seyn, daß der dominus sie gar nicht vernehmen konnte, weil er infans oder furiosus war. L. 11. cit. und dann war es eben so wenig erforderlich, daß der tutor sie erfuhr. L. 10. h. t.

§. 14. Es gab ohne Zweifel eine solenne Formel für die Nuntiatio, aber die Worte sind uns nicht aufbewahrt. Nach den Anfangsworten des Interdicts in L. 20. h. t. konnten

sie ganz einfach so lauten „in hunc locum ne quod novum opus fiat, nuntio."

Hiermit ist denn das Wesentliche der Form, so weit wir diese kennen, erschöpft.

§. 15. Wir haben schon oben bei Gelegenheit der Personen, denen die Nuntiatio zusteht, gelernt, daß eine Nuntiatio auch alieno nomine durch einen Procurator geschehen konnte. Außer jenen Personen nun aber, die die Befugniß, einen Andern in der Nuntiatio zu vertreten, aus einem dinglichen Recht ableiteten, die, wenn man so sagen darf, procuratores in rem suam waren, wurde auch jeder andere gewöhnliche Mandatar oder negotiorum gestor zur Nuntiatio gelassen. L. 1. §. 3. L. 5. §. 18. §. ult. L. 13. pr. h. t. Nur freie Personen müssen es seyn, Sklaven sind zu der frömlichen Handlung nicht fähig L. 5. §1. ibid.

Ueber das Maaße-Nehmen welches bei der Nuntiatio vorkam werden noch unten ein paar Worte gesagt werden.

§. 16. Der Unterschied der nuntiatio publica und privata, wie es die Neuern nennen, kann hier noch nicht genauer abgehandelt werden. Er greift, wenn ich ihn recht verstehe, tief in das Wesen und die Geschichte der nuntiatio ein, und es soll deshalb unten in einem eignen Paragraphen von ihm die Rede seyn. Hier mögen die, so weit sie uns hier angehn, klaren Worte der L. 1. §. 2. einer Hauptstelle für jenen Unterschied, genügen.

> »Nuntiatio ex hoc edicto non habet necessariam
> »Praetoris aditionem; potest enim nuntiare quis
> »etsi eum non adierit.«

§. 17. Wir gehen zu den Gründen der Nuntiatio über. Bisher haben wir als einzigen Grund Verletzung eines Grundstücks vorausgesetzt. Jetzt ist zu untersuchen, ob sich diese causa nuntiationis als eine wahre und als die einzige in unserm Titel bestätigt findet. Die Stelle welche eigends von den Gründen der Nuntiatio handelt ist die L. 5. §. 9.

»Et belle Sextus Pedius definiit, triplicem esse »causam operis novi nuntiationis, aut naturalem, »aut publicam, aut impositititiam: naturalem, »quum in nostras aedes quid immittitur, »aut aedificatur in nostro; publicam causam, »quoties leges, aut senatusconsulta, consti- »tutionesque principum per operis novi nunti- »ationem tuemur; impositititiam, quum quis postea »quam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc »est posteaquam servitutem aedibus suis impo- »suit, contra servitutem fecit.«

Hier werden drei Gründe angegeben, aus denen opus novum nuntiirt werden kann; aber diese triplex causa wird sich ohne Zwang auf jene einfache, die oben genannt ist, zurückführen lassen. Die Stelle sagt, wenn man ihren Inhalt etwas schärfer sondert, folgendes: von der operis novi nuntiatio kann Gebrauch gemacht werden, wenn ein Grundstück verletzt ist; das kann aber auf verschiedene Weisen geschehen, entweder so, daß die Substanz angegriffen wird, indem man das Werk auf dem Grundstück selbst unternimmt oder durch Immission; [4]) (causa naturalis); — oder so, daß die Rechte, die dem fundus außerdem zustehen, verletzt werden. Diese Rechte aber sind entweder Servituten, die ihren Grund im Privatrecht haben (causa impositititia), oder solche die sich auf das ius publicum gründen, die aus gesetzlichen Bestimmungen herstammen. (causa publica.) Ein Beispiel der letzten Art enthält die Novelle 63, und dahin gehören alle jene Baugesetze der späteren Kaiserzeit, die, obgleich aus dem öffentlichen Recht entstanden, doch in ihren Wirkungen als Privatrechte behandelt wurden, und Privatdispositionen unterworfen waren.

So wäre also nach dieser Stelle der einfache Grund der

4) z. B. mein Nachbar reißt sein Haus ab, und die Steine fallen auf mein Dach und beschädigen es.

Nuntiatio Verletzung eines Grundstücks; die verschiedenen Seiten aber, von denen das Grundstück angegriffen werden kann, gäben jene Eintheilung ab. Eine Eintheilung der causae, ihrer Natur und ihrem Wesen nach, worauf es doch hier ankommt, kann das eben so wenig genannt werden, wie eine solche davon herzunehmen wäre, daß die Verletzung durch Erbauen oder Niederreißen, entweder einer Mauer, oder eines Hauses u. s. w. geschehen könnte.

Ueber die Bedeutung der causa publica in dieser Stelle läßt sich ein Zweifel erheben. Den Worten nach kann sie sich auf den Fall der nuntiatio ob utilitatem publicam, von dem wir eben gesprochen haben, beziehn, also auf den Fall, wo das Werk einen locus publicus oder sacer verletzt. Unser Resultat würde diese Annahme nicht ändern, aber es würde die Eintheilung, abgesehen davon, daß sie auch so nichts desto weniger keine wahre Eintheilung der causae nuntiandi wäre, zu einer gänzlich unsystematischen machen. Die Stelle würde nämlich dann diesen Sinn haben müssen: Grund der nuntiatio ist Verletzung eines fundus; dieser fundus kann ein publicus (causa publica), oder ein privatus seyn; und letzterer kann wieder auf zwei Seiten verletzt werden, in seiner Substanz, (causa naturalis) oder in seinen Servitut-Rechten (causa impositititia)

Es wäre dann aber das erste und dritte Glied, die causa naturalis und impositititia ganz unrichtig dem mittelsten der causa publica coordinirt, da sie nur Unterglieder eines gar nicht vorkommenden wären, was doch einzig der causa publica zur Seite gesetzt werden könnte, nehmlich der Verletzung eines Privat-Grundstücks. — Zu bestätigen scheint übrigens diesen Sinn der causa publica L. 8. §. 3. h. t. wo gerade das contra leges und das in loco publico mit einander verbunden wird.

Man mag die Worte verstehen wie man will, es bleibt immer richtig, daß der alleinige wahre Grund der Nun-

tiatio die Verletzung eines fundus ist: einem fundus muß durch das Werk geschadet werden, oder was dasselbe ist, der fundus muß ein Interesse haben, daß nicht gebaut, nicht niedergerissen werde.

§. 18. Dabei wird für die Gültigkeit der Nuntiatio nicht verlangt, daß dieses Interesse ein rechtliches sey, das heißt, daß der Nuntiator den Unternehmer des Werks auch durch die legitimae actiones zwingen könnte, von dem Bau abzustehen; nur factischer Schaden den das Werk dem Grundstück bringt, ist erforderlich. Unten bei den Exceptionen gegen das Interdect aus der Nuntiatio wird das näher vorkommen. Ferner ist es nicht nöthig, daß wirklich schon ein Schaden geschehen sey; das Werk kann ja noch nicht angefangen, es können gar erst Anstalten dazu gemacht seyn; es reicht zur Nuntiatio hin, daß ein Schaden von dem Werk zu befürchten ist. L. 1. §. 16. 17. h. t.

§. 19. Von jener Eintheilung haben wir noch das letzte Glied die causa impositítia etwas näher zu betrachten. Die Worte welche hieher gehören, lauten so: »impositítiam, quum quis »posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est, »posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra »servitutem fecit.« Hier fragt es sich, ob die Worte »hoc est,« wie das wohl vorkommt, nur ein Beispiel einführen sollen, und man die Nuntiatio auf alle Realservituten ohne Unterschied zu beziehn hat; oder ob man in jenen Worten eine wirklich erschöpfende Erklärung zu suchen, und die Nuntiatio nur als Schutz der servitutes praediorum urbanorum zulassen soll. Denn daß diese durch die Worte servitutes aedibus impositae bezeichnet werden konnten, leidet wohl keinen Zweifel, da bei ihnen auch das dienende Grundstück fast immer ein Gebäude war. — Zur Entscheidung unsrer Frage müssen wir zuerst nachsehn, auf welche einzelne Servituten an den verschiedenen Stellen die Nuntiatio angewandt wird. In L. 2. h. t.

finden wir die servitus altius non tollendi, in L. 3. pr. eod. die servitus ne luminibus officiatur, und ne prospectui obsit., Grade dieselben beiden Servituten werden genannt in L. 15. D. d. servit. praed. urban. Das sind die Beispiele, die ich kenne, also lauter servitutes urbanae.

Schon daß nur Bauen und Niederreißen für die Nuntiatio als nova opera gelten, scheint genugsam anzuzeigen, daß sie für die Stadt und städtische Zwecke eingeführt wurde, wenn sie auch nachher nicht auf die Stadt beschränkt blieb. Diese Bedeutung der Nuntiatio hat Ulpian im Auge, wenn er L. 20. §. 10. h. t. sagt:

> »Hoc interdictum[5]) prohibitorium est, ne quis
> »prohibeat facere volentem eum, qui satis dedit,
> »etenim pertinet ad decus urbium aedi-
> »ficia non derelinqui.«

Nicht ganz zu übersehen ist ferner, daß unter den Personen, welchen das Recht der Nuntiatio zusteht, der Superficiar genannt wird; der Emphyteuta nicht, obgleich der Grund der bei dem ersteren angegeben wird, die utilis in rem actio eben so gut bei ihm Statt findet. Dann, wenn etwas bestimmtes angegeben werden soll, was durch das Werk verletzt wird, so sind es aedes die genannt werden; so in L. 5. §. 8; L. 3. §. 2. h. t.

Das Alles macht es nicht unwahrscheinlich, daß die Nuntiatio auf den Schutz der servitutes urbanae beschränkt war. Unzweifelhaft aber wird es wohl durch die von den Commentatoren so viel besprochene und bestrittene L. 15. h. t.[6]).

5) Nämlich das Interdict aus der satisdatio s. unt.

6) Schon in der Glossatorenschule scheint diese Stelle ein Zankapfel gewesen zu seyn. Seitdem sind die verschiedenartigsten Auslegungen ans Licht gekommen. Die vollständigsten Cataloge derselben bei Kämmerer S. 117. ꝛc. ꝛc. und bei Reinhardt S. 19. 20. Man nahm fast allgemein lieber die gezwungensten Erklärungen an, als daß man die Möglichkeit einer Beschränkung der Nuntiatio auf die servitutes urbanae zugegeben hätte. Woher diese Abneigung stammte, ist kaum zu erklären. Daß man die Ursache und den Zusammenhang jener Beschränkung nicht einsah, kann kein zureichender Grund sein,

»Qui viam habet, si opus novum nuntiaverit adver»
»sus eum, qui in via aedificat, nihil agit, sed
»servitutem vindicare non prohibetur.«

Die Stelle erklärt sich nur, wenn wir zugeben, daß die servitutes rusticae überhaupt von der Nuntiatio ausgeschlossen waren; denn es ist gar kein vernünftiger Grund zu ersinnen, warum gerade die servitus viae so zu ihrem Nachtheil ausgezeichnet seyn sollte.

Historisch erklärt sich die Beschränkung, wie schon bemerkt ist, aus der ursprünglichen Bestimmung des Instituts. Daß man aber die Beschränkung später nicht aufhob, selbst im Justinianischen Recht nicht, daß man die Nuntiatio nicht auf alle Servituten ausdehnte wie das ohne ihren Charakter irgend

denn Ursache und Zusammenhang sah man ja auch bei so manchen der übrigen Bestimmungen nicht ein, und doch setzte man sie hin ohne sich im mindesten um jene zu kümmern. — Donell ist seit den Glossatoren so viel ich weiß der Erste, welcher die servitutes rusticae von dem Wirkungskreise der Nunciatio ausschließen wollte. Die Erklärung aber, die er hinzufügt, bei den Leuten auf dem Lande sey meistens periculum in mora, ist wohl ganz zu verwerfen. Jene Beschränkung läßt sich überhaupt nicht aus der Natur der Sache, sondern nur, wie oben gesagt ist, historisch, aus der unsprünglichen Bestimmung der Nuntiatio erklären. — Fast merkwürdig ist die Argumentation, womit Kämmerer p. 118. die Meinung des Donell, die, obgleich aus andern Gründen, auch die unsrige ist, zu widerlegen vermeint. Ein solcher Unterschied sey zwischen den Servituten nicht zu machen, denn »servitus pascendi est rustica, in qua haud dubie competit »ius nuntiandi; dominus e. gr. opus facit, quo ex vicino flumine »pratum plane inundetur, vel aedificium ponit, quo totius prati spa»tium consumetur. Hoc casu non video argumentum, quo »fretus quis denegare velit nuntiandi ius.« Er leitet also zuerst eine Folgerung aus dem zu beweisenden Satz ab, und beweist dann den Satz aus der Folgerung. — Von den Meinungen der Uebrigen ist die, welche Reinhardt vorbringt, wohl die seltsamste. Seine ganze Interpretation zu entwickeln, würde hier zu lange aufhalten; ich will daher nur den Satz anführen, auf den sie hauptsächlich gegründet ist. Er sagt p 20. »Wir wollen den Fall an einem Bei„spiel näher betrachten. A hat eine Wegedienstbarkeit durch den Gar»ten des B, B überbaut diesen Weg und während des Bauwesens will „A dasselbe hindern. Was gewinnt er nun hierdurch? Im Augenblicke nichts, denn das bereits errichtete bleibt stehen, weil sein „Gegner durch dieses Rechtsmittel Besitzer wird" Reinhardt ist übrigens nicht der Erste, der den Satz nuntiando possessorem facimus adversarium falsch verstanden hat. Unten wo wir auf diesen Satz selbst kommen wird davon näher die Rede sein.

zu verändern, hätte geschehen können, das begreift sich wohl nur aus der Abneigung, die man im Allgemeinen hatte, den Wirkungskreis der Nuntiatio zu erweitern. Oben ist schon davon die Rede gewesen.

§. 20. Wir haben bisher von den Erfordernissen einer gültigen Nuntiatio gehandelt, und daneben zu zeigen gesucht, gegen wen gerichtet sie gedacht wurde. Jetzt von ihren Wirkungen.

Wirkung der Nuntiatio ist, daß Alles, was nachher gegen ihr Verbot gemacht wird, unrechtlich ist, und restituirt werden muß.

§. 21. Die erste Frage ist nun hier: wer erwirbt die obligatio ad restituendum aus der Verletzung? Die Sache wird sich am klarsten und leichtesten entwickeln lassen, wenn wir mit der Interpretation der L. 5. §6. h. t. anfangen und so von einem besondern Fall zum Allgemeinen übergehen.

L. 5. § 6.:

»Si plurium dominorum rei opus noceat, utrum »sufficiat unius ex sociis nuntiatio, an vero om»nes nuntiare debeant? Et est verius unius nun»tiationem omnibus non sufficere, sed esse sin»gulis nuntiare necesse, quia et fieri potest, ut »nuntiationem alter habeat, alter non habeat ius »prohibendi.«

Auf den ersten Blick könnte man die Stelle so verstehn, als wäre die Frage, welche in ihr beantwortet werden sollte, die: Kann von mehreren condominis einer für sich gültig nuntiiren, oder muß die Nuntiatio immer von allen zusammen geschehn, wenn sie Kraft haben soll? und die Antwort wäre dann: Die Nuntiatio eines für sich ist wirkungslos, Alle müssen nuntiiren. — Doch schon wenn man die Worte genauer betrachtet, weist sich ein ganz andrer Sinn aus. Daß von mehreren Mitherrn jeder für sich wegen Verletzung des gemeinsamen Gutes die Nuntiatio anstellen kann, wird

als unbezweifelt vorausgesetzt; jeder hat das Recht, für seinen intellectuellen Theil das Grundstück zu vertreten. Die Frage ist nur, ob die Vertretung des Grundstücks so weit genommen werden soll, daß aus der Nuntiatio des Einen, die übrigen condomini, als domini fundi, Rechte erwerben können. Und das ist es, was verneint wird, est verius, unius nuntiationem omnibus non sufficere«. — Ein dem unsrigen analoger Fall kommt für die Servituten vor in L. 4. § 3. si servitus vindic. Es wird nicht uninteressant seyn, ihn mit dem unsern zusammenzustellen.

L. 4. § 3. si servitus vindicetur.

»Si fundus cui iter debetur plurium sit, unicui»que in solidum competit actio, et ita et Pompo»nius libro XLI scribit; sed in aestimationem id »quod interest veniet, scilicet quod eius inter»est, qui experietur. Itaque de iure quidem ipso »singuli experientur, et victoria et (vulg. unius »aliis proderit; aestimatio autem ad id quod eius »interest revocabitur, quamvis per unum acquiri »servitus non possit.«

Das Servitutrecht steht nicht der Person, sondern dem praedium zu; wird es verletzt, so kann jeder die actio confessoria anstellen, der die Befugniß hat, das praedium zu vertreten. In unserm Fragment wird diese Befugniß jedem Einzelnen von mehreren condominis fundi zugestanden. Vor Anstellung der Klage war also Alles rein dinglich; durch die Klage selbst aber erwirbt der Klagende ein persönliches Recht. Nur auf sein Interesse kann die condemnatio in der Formel gestellt werden, und das Recht aus der Klage geht nicht, wie das Servitutrecht selbst, auf den successor in rem, sondern auf den Erben des Klägers über.

Wie die Servitut, so steht auch das Recht der Nuntiatio dem fundus zu; Personen nur als Repräsentanten des fundus. Wie nun von mehreren Miteigenthümern jeder

die confessoria anstellen kann, so kann auch jeder einem Werk, welches dem Gemeingrunde schadet, durch die operis novi nuntiatio Einhalt thun. Bis zu diesem Punkte ist auch hier Alles dinglich; aber so wie sich einer jenes Rechts bedient, so wird auf seiner Seite, wie dort auf der Seite des Klägers, die Sache ganz persönlich; einzig dem Nuntianten kann aus seiner Nuntiatio eine Obligatio erwachsen, und nur sein Interesse kann er mit der Klage aus jener Obligatio verfolgen, nicht etwa auch das seiner Gefährten, denn »nuntiatio unius non omnibus sufficit.«

Die Servitutenstelle fährt so fort »et victoria et aliis proderit.« Welcher Nutzen ist hier gemeint? Wenn ein socius mit der confessoria durchdringt, so kann den übrigen schon aus der Execution des Urtheils ein Vortheil entstehen, z. B. der Nachbar hat widerrechtlich dem gemeinsamen Hause die Aussicht verbaut, und wird nun aus dem Urtheil gezwungen, sein Gebäude wieder einzureißen. Ein solcher Nutzen kann auch aus der Nuntiatio des condominus für die andern condomini herauskommen. Aber nicht von diesem ganz zufälligen lucrum scheint Ulpian in jener Stelle zu sprechen. Die condemnatio wird ja bei der confessoria actio, so wie bei dem Rechtsmittel aus der Nuntiatio auf das Interesse des Klägers gestellt. Will er sich nun mit diesem begnügen, und fordert er nicht körperliche Restitution der Sache selbst, so fällt ja jener Vortheil für die Miteigenthümer von selbst weg. Es muß also noch ein andres lucrum geben, was nothwendig aus dem Durchdringen der confessoria actio den sociis des Klagenden erwächst. Die Intentio dieser Klage geht darauf, daß dem Grundstück eine Servitut zustehe. Siegt der Kläger, so ist zugleich dem Grundstück die Servitut zugesprochen, das Grundstück gewinnt durch das Urtheil, und mit ihm natürlich seine Herren. — Daß dieß die Meinung des Juristen war, zeigen besonders die

Worte »de iure quidem ipso« etc. die augenscheinlich auf die Intention der Formel hindeuten.

Bei der operis novi nuntiatio und dem Interdict aus ihr verhält es sich hiermit ganz anders. Das Recht, aus dem das Interdict zusteht, ist ein persönliches; seine Anerkennung durch den Richter kann also weder dem Grunde, noch den übrigen Eigenthümern des Grundes von Nutzen seyn. Das Recht zu nuntiiren steht zwar dem fundus selbst zu; aber auch dieses Recht kann durch den Urtheilspruch keineswegs neue Kraft erlangen; es ist ja nicht wie die Servitut ein singuläres Recht, sondern allen Grundstücken gemein. — So gilt also hier, abgesehen von jenem blos zufälligen Nutzen, ganz durchweg nuntiatio unius socii caeteris non prodest.

Der Satz, um den es uns hauptsächlich hier zu thun war, ist der, daß im Moment der Nuntiatio auf Seiten des Nuntianten das Ganze einen persönlichen Character annimmt. Wir verglichen das mit der Anstellung der Servitutklage; aber in noch strengerem Sinn findet es hier Statt, als dort für die Person des Klägers. Durch die Litis Contestatio erwirbt dieser ein wirkliches obligatorisches Recht, das Recht auf die condemnatio des Angeklagten; und dieses geht wie jedes Vermögensrecht auf den Erben über. Aus der Nuntiatio entsteht unmittelbar kein Recht, sie bringt nur die Möglichkeit der Entstehung eines solchen hervor. Erst durch die Verletzung der Nuntiatio erhält das Vermögen des Nuntianten einen Zuwachs; er erwirbt das Interdict und dieses geht eben so gut, wie in dem Servitutenfalle das Recht aus der Litis contestatio, auf jeden über, der in das Vermögen des Berechtigten universali titulo succedirt. Das sagt die L. 20. § 6. h. t.

»Hoc interdictum perpetuo datur et heredi cete»risque successoribus competit.«

Vor dem Erwerb des Interdicts, also vor der Verletzung des Verbots, ist noch nichts in das Vermögen des Nuntianten übergegangen, und so überträgt er auch nichts auf seinen Erben. Es ist noch ein blos factischer Zustand vorhanden, die Möglichkeit der Entstehung einer Obligatio, und dieser Zustand ist ganz und gar an das Individuum des Nuntianten geknüpft. Fällt dieses weg, so verschwindet zugleich die nuntiatio mit ihren Folgen.

L. 8. § 6. h. t.

»Morte eius qui nuntiavit exstinguitur nuntiatio, »sicut alienatione, quia his modis finitur ius »prohibendi.«

Der Sinn der Endworte ist: weil dann Niemand mehr da ist, der das Recht hat, aus dieser Nuntiatio zu prohibiren. Warum auch die Veräußerung des Grundstücks diese Wirkung hat, das werden wir noch unten sehen.

Der Satz, den wir erst nur aus einer einzelnen Wirkung, dem Verhältniß der Miteigenthümer unter einander in Hinsicht auf die Nuntiatio, folgerten, daß ihre Wirkung eine persönliche sey, ist jetzt aus der zuletzt citirten Stelle ganz allgemein bewiesen. Dieser Satz reicht denn nun aber auch, um im Cirkel auf die Miteigenthümer zurückzukommen, vollkommen hin zur Erklärung dessen, was für sie nach der L. 5. § 6. gilt. Ulpian fügt dort einen andern Grund an »quia et fieri potest, ut nuntiatorum alter habeat, alter non habeat ius prohibendi.« Gegen die Sache selbst ist natürlich nichts einzuwenden, es kann ja seyn, daß die übrigen Eigenthümer de non nuntiando paciscirt haben. Aber als ratio möchte das kaum ausreichen; wenigstens bedürfen wir diese ratio nicht, da jene allgemeine, die wir von außenher bewiesen haben, zur Erklärung vollkommen genügt.

§. 22. Wir gehen von der Person dessen, der das Obligationsrecht aus der Nuntiatio erwirbt, zu der Person des Debitor

über. Die Frage ist also: wer kann aus der Nuntiatio zur Restitution verpflichtet werden; dabei wird zugleich untersucht werden müssen, worin diese Restitution in den verschiedenen Fällen besteht.

Wir müssen hier ausgehen von dem Satze, der schon oben § 10. entwickelt worden, daß die Nuntiatio in rem nicht in personam gerichtet ist. Was immer gegen sie geschieht, ist an sich widerrechtlich, und ich habe als Nuntiant das Recht, es zu vernichten. Geschützt ist mein Recht durch das Interdict aus der Nuntiatio, und dieses geht gegen jeden, der mich in der Ausübung desselben stöhren will. Ich kann von jedem verlangen, daß er mir patientiam destruendi prästire. Diese negative Obligatio ist also eine ganz allgemeine; sie tritt jedesmal ins Leben, wenn bei irgend jemanden die Macht und der Wille, mich an der destructio zu hindern, zusammentreffen. Gewöhnlich wird es der possessor operis seyn, gegen den ich mir mit dem Interdikt zu dem Werke Bahn machen muß. L. 22. 23. h. t. Doch steht mir das Interdict auch gegen jeden Andern zu, der mir Hindernisse in den Weg legt.

Außer dieser rein negativen Obligatio, die immer nothwendig aus der Verletzung des Verbots entspringt, und dem Werke selbst anhängt, kann auch eine positive, eine obligatio ad faciendum aliquid durch die Nuntiatio vermittelt werden. Bei ihr ist der Debitor eben so wie der Creditor gleich von Anfang an ein bestimmtes Individuum. Wer nämlich wissentlich gegen die Nuntiatio handelt, begeht ein Delict, und wird aus dem Delict verpflichtet, den Zustand, welchen er auf unrechtliche Weise gestört hat, wiederherzustellen. Er muß das Gebäude, was er dolo malo gegen das Verbot aufgerichtet hat, auf seine Kosten wieder fortnehmen, und wenn außerdem aus seiner Handlung ein Schaden erwachsen ist, so muß er den ersetzen. Er muß volles Interesse prästiren.

Diese Verbindlichkeit geht, als ex delicto entstanden,

passiv nicht auf den Erben über; war er nicht selbst Delictsgenosse, so kann er nur zur patientiae praestatio wie jeder andre angehalten werden. L. 22. cit. Eine Aenderung macht es, wenn er durch das Delict seines Erblassers bereichert worden ist, z. B. dieser hat mein Haus trotz meiner Nuntiatio eingerissen, die Balken verkauft, und der Kaufpreis vermehrt die Erbschaft. Ein solcher Vortheil kann dem Erben sowohl durch das Interdict aus der Nuntiatio, als durch eine actio in factum entrissen werden. L. 20. § 8. h. t.

23. Die Frage nach der scientia oder ignorantia muß am häufigsten in den Fällen vorkommen, wo zwischen dem Act der Nuntiatio und ihrer Verletzung schon eine Alienation oder Vererbung in der Mitte liegt; und hier ist unzweifelhaft Unwissenheit zu präsumiren. Wo der Verletzer der Nuntiatio, gegen den jetzt geklagt wird, eine Person ist mit dem ursprünglichen Bauunternehmer, da wird meist die scientia am Tage liegen. Doch könnte das auch anders seyn. Es wird ja zur Gültigkeit der Nuntiatio nur erfordert, daß Einer domini aut operis nomine zugegen war; dieser konnte es dem Herrn verschwiegen haben. War das nun aber einer, der zum Haushalt des Bauherrn gehörte, sein Sklave, eines von seinen Kindern, seine Frau u. s. w. so mußte von ihm selbst scientia präsumirt werden; ja, es ist sehr wahrscheinlich, daß gar kein Beweis der Unwissenheit von seiner Seite zugelassen wurde; denn der Nuntiant durfte nicht darunter leiden, daß sein Gegner nachlässige oder untreue Leute um sich hatte. Waren freilich nur die Bauleute, die fabri, bei der Nuntiatio zugegen, so konnte, wenn diese nicht auch Sklaven des Bauunternehmers waren, wohl nicht einmal eine Präsumtion für seine scientia angenommen werden. Sie haben ja gerade meistens ein Interesse, ihm die Nuntiatio zu verschweigen, damit der Bau nicht unterbrochen werde, und für die Treue der Handwerker kann doch der Herr nicht herkommen, wie für die seiner Sclaven. Fahren

diese also im Werke fort, und es läßt sich nicht nachweisen, daß der Bauherr die Nuntiatio erfahren hat, so kann er nur auf patientia destruendi belangt werden, wegen der Kosten muß sich der Nuntiant an die Bauleute selbst halten. Sie sind es, die gegen die Nuntiatio wissentlich fehlen. Ihr Fortfahren im Werk kann nicht mehr als im Namen und Auftrag des Herrn geschehn betrachtet werden, da sich nicht annehmen läßt, es sey sein Wille gewesen, daß sie auch trotz jeder Nuntiatio im Bauen fortfahren sollten.

Hat er ihnen freilich ausdrücklich befohlen, sich an kein Verbot, an keine Nuntiatio zu kehren, und läßt sich das nachweisen, so handeln sie nun auch nach der Nuntiatio in seinem Auftrage, und dann muß er selbst nicht allein patientiam prästiren, sondern auch für die Kosten herkommen.

§. 24. Wir müssen jetzt noch den Fall näher untersuchen, da der Boden, auf dem die Nuntiatio haftet, noch vor der Uebertretung seinen Herrn wechselt, und der neue Herr nun das Werk fortsetzt. Wir haben bisher nach der Regel: operis novi nuntiatio in rem fit, non in personam, angenommen, daß ein solcher Herrenwechsel auf Seiten des dienenden Gutes, wie man es nennen könnte, nur einen Unterschied mache in Hinsicht auf die Präsumtion des Wissens oder Nicht-Wissens, daß es aber für die nothwendige Entstehung der negativen Obligatio eben wie für die mögliche der obligatio ad faciendum, ganz einerlei sey, ob der Handelnde noch der ursprüngliche Unternehmer, oder ein anderer sey. Die Richtigkeit unserer Folgerung beweisen die klaren Worte der L. ult. h. t.:

> »Is cui novum opus nuntiatum erat vendidit »praedium, emtor aedificavit, emtorem an venditorem »teneri putas, quod adversus edictum factum sit? »Respondi, cum operis novi nuntiatio facta est, si »quid aedificatum est, emtor id est dominus »praediorum tenetur, quia nuntiatio ope-

»ris non personae fit, et is demum ob-
»ligatus est, qui eum locum possidet,
»in quem opus novum nuntiatum est.«

Mit dieser Stelle würden wir uns vollkommen beruhigen können, wenn nicht eine andere ihr schlechthin zu widersprechen schiene, die L. 3. §. 3. de alienat. iud. mut. c.:

»opus quoque novum si tibi nuntiaverim, tuque
»eum locum alienaveris, et emtor opus fecerit,
»dicitur te hoc (iudicio) teneri, quasi neque te-
»cum ex operis novi nuntiatione agere possim quia
»nil feceris, neque cum eo, cui id aliena-
»veris, quia ei nuntiatum non est.

Die actio in factum von der hier die Rede ist steht bekanntlich gegen den zu, der eine Sache veräußerte mit der dolosen Absicht, unsern Stand in Beziehung auf ein bestimmtes Klagerecht was wir gegen ihn gehabt hätten, durch Unterschiebung eines andern Gegners zu verschlechtern. L. 1. pr. de alienat. Wenn wir hiernach unsern Paragraphen so abgerissen für sich lesen, so scheint der Sinn kein anderer seyn zu können, als der: wenn Jemand ein Grundstück, auf dem eine Nuntiatio haftet, in doloser Absicht, denn das wird hier immer vorausgesetzt, veräußert, und der Käufer gegen das Verbot baut, so habe ich gegen den Verkäufer die actio de alienatione; denn durch den Verkauf verliere ich das Interdict aus der Nuntiatio, was mir gegen ihn, wenn er gebaut hätte, würde zugestanden haben; gegen ihn selbst kann ich dieses jetzt nicht anstellen, denn er hat ja nicht gebaut; aber auch nicht gegen den Käufer, denn dem ist nicht nuntiirt worden.

Das ‚quasi' kann nur den Grund ausdrücken im Sinne derjenigen, deren Meinung hier angeführt wird, und diese Meinung wird ja von dem Juristen gebilligt. So verstanden widerstreitet die Stelle nicht allein unserer L. ult. sondern auch überhaupt dem Satze, daß die Nuntiatio gegen die

Sache, und nicht gegen die Person gerichtet ist; und doch ist dieser Satz an mehreren Stellen unsers Titels mit deutlichen Worten ausgesprochen. — Die Antinomie wird sich heben lassen, wenn wir das zu Hülfe nehmen, was über die zwei verschiedenen Obligationen, die aus der Nuntiatio entstehen können, oben gesagt worden ist.

Der Paragraph, welcher in der citirten L. 3. de alien. dem unsrigen vorhergeht, enthält Folgendes: wenn du einen Platz auf dem das interd. qu. v. a. cl. oder die actio pluv. arc. haftet, veräußerst, so verschlimmerst Du dadurch meine conditio agendi und kannst also wegen der Alienation mit der actio in factum belangt werden. Denn gegen dich selbst wären diese Klagen auf volle Restitution gegangen, du hättest das Werk, was Du gemacht, auf Deine Kosten wieder fortnehmen müssen; der Käufer dagegen haftet mir nur als Besitzer, also nur ad patientiam praestandam. Die Verschlimmerung der conditio wird also darin gesetzt, daß der neue Besitzer nicht zu positiven Leistungen angehalten werden kann. Der folgende Paragraph nun ist, wie schon die Worte »opus quoque novum« andeuten, eng damit zu verbinden, und zu dem Wort »agere« in demselben ist die Beziehung auf die positiven Präßtationen zu ergänzen. Nur von diesen spricht auch der §. 3. Sein Sinn ist demnach folgender: Veräußerst du einen fundus, der mit einer operis novi nuntiatio von mir belastet ist, und handelt dann der Käufer gegen das Verbot, so habe ich gegen dich das iudicium de alien. iud. mut. c. facta, weil du durch deine Veräußerung mich in eine schlimmere Lage versetzt hast. Hättest Du das Grundstück behalten, und dann etwas gegen meine Nuntiatio unternommen, so hätte ich gegen dich das Interdict auf volle Restitution anstellen können. Jetzt kann ich gegen Dich gar nicht mit dem Interdict verfahren, denn Du besitzest weder, noch hast Du gegen die Nuntiatio gefehlt. Von dem Käufer aber werde ich nur erlangen können, daß

er mich nicht am Niederreißen hindert, nicht, daß er selbst auf seine Kosten niederreißt. Denn bei ihm wird immer Unwissenheit vorausgesetzt.

Daß das agere hier, wo der Zusammenhang mit dem vorigen Paragraphen die Beziehung angibt, diesen Sinn haben kann, daran können wir um so weniger zweifeln, da in unserm Titel de op. n. nunt. einige Stellen vorkommen, wo zu eben so allgemeinen Wörtern wie agere, auch ohne einen solchen Zusammenhang, jene bestimmte Beziehung auf die positive Restitution supplirt werden muß, nämlich L. 5. §. 5. und L. 18. h. t., beide ähnlichen Inhalts, sie lauten so:

L. 5. §. 5.

»Si plurium res sit, in qua opus novum fiat, et »uni nuntietur, recte facta nuntiatio est, omnibus»que dominis videtur denuntiatum. Sed si unus »aedificaverit, non tenebuntur; neque enim de»bet nocere factumalterius ei qui nihil fecit.«

L. 18. pr.

»Aedibus communibur si ob opus novum nuntiatio »uni fiat, siquidem ex voluntate omnium opus fiat, »omnes nuntiatio tenebit, si vero quidam igno»rent, in solidum obligabitur, qui contra edic»tum Praetoris fecerit.«

Das tenebuntur in der ersten, das tenebit und obligabitur in der andern Stelle deuten an sich eben so wenig wie jenes agere auf die obligatio ad faciendum aliquid hin, sie sind ganz allgemein; und doch können sie in diesen Stellen nur von der activen Restitution verstanden werden, denn zur patientiae praestatio können ja die übrigen Miteigenthümer eben so gut gezwungen werden, wie der, welcher gegen die Nuntiatio fehlte.

Von der positiven, der Delictsobligation spricht denn also auch unsre L. 5. §. 3. de alienat. iud. mut. c. — Daß aber die L. ult. h. t. diejenige Verbindlichkeit meint,

welche dem Werk selbst anhängt, das zeigen deutlich genug die Worte »emtor, id est dominus, tenetur« und besonders die folgenden »is demum obligatus est, qui eum locum possidet, in quem opus novum nuntiatum est.«

So ist aller Widerspruch gehoben, und die Regel, von der wir ausgingen, »operis novi nuntiatio in rem fit, non in personam« gerechtfertigt.

§. 25. Wir haben in dem Vorigen zu zeigen gesucht, daß aus der Nuntiatio zwei verschiedene Obligationen entspringen konnten. Das beiden gemeinsame Rechtsmittel ist das Interdict aus der Nuntiatio. Die Worte des Edicts werden in L. 20. angegeben:

> »Quem in locum nuntiatum est, ne quod novum
> »opus fieret, qua de re agitur, quod in eo loco
> »antequam nuntiatio missa fuerit, aut in ea causa
> »esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas.«

Der Prätor fordert dreierlei:

1) Daß eine novi operis nuntiatio geschehen ist. Die Requisite einer gültigen nuntiatio sind oben abgehandelt worden.

2) Daß die nuntiatio nicht nachher aufgehoben ist. Auf welche Arten das geschehen kann, werden wir noch unten sehen.

3) Daß gegen die nuntiatio gefehlt worden ist.

Oder, diese Bedingungen in eine zusammengefaßt, daß gegen eine noch zur Zeit gültige nuntiatio gefehlt worden ist.

§. 26. Gibt der Beklagte ohne Weiteres zu, daß das Alles in dem vorliegenden Falle zutrifft, so tritt sogleich die Wirkung des Interdicts ein; also nach Verschiedenheit der Fälle entweder volle Restitution, oder praestatio patientiae.

Leugnet er, oder bringt er Exceptionen vor, die hier zulässig sind, so kommt nun die Sache vor den iudex. Hier

muß der Kläger darthun, daß er ein Recht hat, das Interdict zu gebrauchen. Er muß also zeigen:

1) Daß er einmal gültig nuntiirt habe. Zerlegt man das wieder in seine einzelnen Theile, so liegt ihm der Beweis ob:

a) Daß ein Werk unternommen worden, welches einem Grundstücke schaden konnte.

b) Daß er das Recht hatte, dieses Grundstück durch die Nuntiatio zu vertreten.

c) Daß er die Nuntiatio wirklich angestellt, und dabei in der Form nichts versehen hat.

Ist dieses dargethan, so wird nach allgemeinen Grundsätzen angenommen, daß die Nuntiatio bis zur Zeit der Verletzung in Kraft gewesen. Behauptet der Gegner ihre frühere Aufhebung, so gehört das in seinen directen Gegenbeweis. Kann der Kläger einen jener Punkte nicht klar machen, so wird ihm die Execution des Interdicts abgeschlagen. Wenn ich also baue, und es kommt da jemand und will mich durch die Nuntiatio hindern, er thut das nicht in rechter Form, oder mein Werk steht mit seinem fundus in gar keiner Verbindung, es kann ihm auf keine Weise schaden, oder ich weiß, daß er gar nicht Eigenthümer, Usufructuar u. s. w. des anliegenden Gutes ist, so brauche ich mich an seine Nuntiatio nicht zu kehren: denn ich habe sein Interdict nicht zu fürchten. Das ist in L. 8. §. 2. h. t. durch das Wort iure ausgedrückt:

»si quum possem te iure prohibere nuntiavero tibi »opus novum, non alias aedificandi ius habebis, »quam si satis dederis.«

§. 27. Dann muß der Kläger beweisen:

2) Daß gegen die Nuntiatio gefehlt worden ist. Dieser Beweis pflegte gleich bei der Nuntiatio vorbereitet zu werden, indem man an dem Werke Maaße nahm, um dadurch nachher zu zeigen, was nach der Nuntiatio gemacht worden sey.

Da dieß aber gewöhnlich nicht ohne Eingriff in das Gebiet des Andern geschehen konnte, so ließ man sich dazu ein eigenes Decret von Prätor geben. L. 5. §. 5. cit.

§. 28. Hat der Kläger diese beiden Beweise geführt, so hat er seiner Pflicht für's Erste genügt. Der Beklagte kann nun aber das Recht des Klägers entweder durch einen directen Gegenbeweis anfechten, oder er kann ihm Exceptionen entgegen setzen. Von diesen letzteren wollen wir jetzt sprechen.

§. 29. Hier fragt es sich zuerst, kann ein dem Eigenthum, welches durch die Nuntiatio geschützt werden sollte, entgegenstehendes Recht, eine Servitut, deren Ausübung dem mit dem Interdict Belangten zusteht, von diesem zu einer Exceptio gegen das Interdict benutzt werden; oder kann er vielleicht gar durch den Nachweis eines falschen Rechts die Kraft meiner Nuntiatio gänzlich aufheben? in einem concreten Falle ausgedrückt: wenn jemand auf meine Mauer baut, ich ihm das mit der Nuntiatio untersage, und dann wegen Uebertretung des Verbots das Interdict gegen ihn anstelle, kann er durch den Beweis einer servitus oneris ferendi den Grund meines Interdicts, die Rechtsmäßigkeit der Nuntiatio ganz aufheben; oder doch seine Servitut als Exceptio gegen dasselbe geltend machen? Beides muß verneint werden. Auf diese Frage beziehen sich L. 1. pr. L. 20. §. 1. 3. 4. h. t.

L. 1. pr.

»Hoc edicto permittitur, ut sive iure, sive in-
»iuria opus fieret, per nuntiationem inhibe-
»retur.«

L. 20. §. 1.

» — — Qui facit, etsi ius faciendi habuit,
»tamen contra interdictum Praetoris facere videtur,
»et ideo hoc destruere cogitur.

§. 3. ibid.

»Ait Praetor »quod factum est restituas.« Quod
»factum est iubet restitui, neque interest, iure

»factum sit an non; sive enim iure fac-
»tum est, sive non iure factum est, in-
»terdictum locum habebit.«

§. 4. ibid.

»Quidquid autem ante remissionem fit, vel illud,
»quod loco remissionis habetur, pro eo habendum
»est, atque si nullo iure factum esset.«

Besonders in der letzten Stelle ist die ratio recht deutlich ausgedrückt. Das Recht zu bauen, welches jemand abgesehen von der Nuntiatio hat, wird, wenn er gegen die Nuntiatio bauete, in dem Interdictsproceß gar nicht beachtet. Bevor er gegen das Verbot fehlte, kann er gegen den Nuntianten als Stöhrer seines Rechts die confessoria anstellen, und so, wenn er sie durchsetzt, die Aufhebung der Nuntiatio bewirken. Hat er einmal gegen diese gehandelt, so muß er restituiren, und ehe das geschehen ist, kann er sein Recht auf keine Weise gerichtlich geltend machen, weder durch eine exceptio gegen das Interdict, wie die obigen Stellen sagen, noch durch eine actio:

L. 1. §. 7. h. t.

»Sed si is cui opus novum nuntiatum est ante re-
»missionem aedificaverit, deinde coeperit agere, ius
»sibi esse ita aedificatum habere, Praetor actionem
»ei negare debet, et interdictum in eum de opere
restituendo reddere.«

Hätte man hier in dem Interditcsproceß Erörterungen über das Recht und Unrecht des Bauens zugelassen, so hätte die Nuntiatio gänzlich ihren Zweck verfehlt. Sie sollte doch ein Mittel sein, augenblicklich einem Werke Einhalt zu thun. Wie wäre sie das aber gewesen, wenn in dem Interdict alle die Untersuchungen hätten vorkommen können, die bei den legitimae actiones vorkamen; man hätte mit diesen vollkommen ausgereicht. Die Furcht vor dem Interdict konnte dann ja den Prohibirten nicht abhalten, in seinem Unternehmen fort-

zufahren, denn dieses war mit nicht härteren Bedingungen für ihn verknüpft, wie die legitimae actiones. — Ganz anders, wenn der Grundsatz galt, daß Alles, was nach der Nuntiatio gemacht war, behandelt wurde, als sey es ohne Recht gemacht worden. Ein Verbot, welches mit solchen Folgen verknüpft war, mußte wohl abschrecken, ein Werk fortzusetzen, zu dessen Restitution man augenblicklich gezwungen werden konnte.

§. 30. Die Exceptionen gegen das Interdict aus der Nuntiatio, welche ausdrücklich in unserm Titel bestätigt werden, sind:

1) eine exceptio pacti in L. 1. §. 10. h. t. wenn nach der Nuntiatio die Parteien übereinkommen, daß das Bauen erlaubt sein soll. Die Kraft der Nuntiatio, als eines streng civilen, durch seine Form geltenden Instituts, kann durch ein pactum nicht ipso iure aufgehoben werden; nur eine exceptio gegen das Interdict kann aus einem solchen pactum entspringen. Gilt diese exceptio auch für und gegen die Successoren? Die letztere Frage kann nur vorkommen, wenn die Succession erst eintritt, nachdem das Interdict aus der Nuntiatio wirklich erworben ist. Wechselt das praedium dominans, um es so zu nennen, seinen Herrn, ehe noch etwas gegen die Nuntiatio geschehen ist, so erlischt die Nuntiatio. Ist das Interdict aus der Verletzung erworben, so geht es auf den Erben des Nuntianten über, und dem steht natürlich eben so gut wie seinem Erblasser die exceptio pacti entgegen. —

Dagegen auf der Seite des Grundstücks, gegen welches die Nuntiatio ging, kann allerdings auch vor dem Erwerb des Interdicts eine Succession eintreten, ohne daß dadurch die Nuntiatio ihre Kraft verliert; z. B. mir wird zu bauen untersagt, dann erlaubt, ich verkaufe nun den Platz des Werks, und der Käufer baut. Wird hier gegen ihn das Interdict angestellt, so muß auch er eine exceptio aus dem pactum haben; denn das pactum ist ein in rem factum, es modificirt die Wirkung der Nuntiatio, welche an die Sache geknüpft ist. Solche pacta gehen nach L. 17. §. 5. D. de pactis

auch auf den Singularsuccessor über. Eben so muß das der Fall seyn, wenn ich selbst schon auf die Erlaubniß gebaut, dann verkauft habe, und der Nuntiant nun von meinem Käufer patientia destruendi verlangt. — Ferner wird eine exceptio gegeben

2) wenn die salus publica das Werk erheischt. L. 5. §. 5. h. t. und endlich

3) allgemein immer, wenn periculum in mora war. §.12. ibid.

§. 31. Wir haben von den Wirkungen der Nuntiatio gesprochen; es bleibt übrig, die Grenzen dieser Wirkungen anzugeben, die Arten also, wie die Nuntiatio aufgehoben werden kann. Es sind folgende:

I. Remissio Praetoris [7]). Es ist das die formelle Art, wie die Nuntiatio, nicht etwa per exceptionem, sondern ipso iure aufgehoben wurde. Ein eigentliches contrarium der nuntiatio war das nicht, denn das geschah von der Partei, die remissio dagegen konnte nur vom magistratus geschehen. Die Worte des Edicts, wodurch der Prätor die Nuntiatio bedingter Weise verspricht, sind in der L. un. D. de remissionibus aufbehalten.

»Quod ius sit illi prohibere ne se invito fiat, in eo nunciatio teneat, caeterum nunciationem missam facio.«

Der Prätor sagt, die Nuntiatio solle nur dann bei Kraft bleiben, wenn der Nuntiant wirklich ein Inhibitionsrecht hatte, sonst verspricht er, sie aufzuheben. Zur Gültigkeit der Nuntiatio an sich ward, wie wir eben sahen, nicht erfordert, daß wirklich ein Recht durch das Werk verletzt war, daß diesem ein Interesse entgegen stand, welches auch durch eine legitima actio hätte durchgesetzt werden können. — Hier verspricht nun der Prätor, daß er eine solche Nuntiatio, die sich nicht auf ein wahres Prohibitionsrecht gründet, aufheben will

7) In den Municipien stand den Magistratus derselben das ius remittendi zu, Lex de Gallia Cisalp. c. 20; in den Provinzen den Präsides.

Aber wie kam es zu der Untersuchung, ob ein Recht vorhanden, oder nicht?

§. 32. Zuerst kann es Fälle geben, wo ich als Prohibitus sogleich dem Prätor klar machen kann, daß gar kein erdenkbares Recht des Nuntianten meinem Baue entgegenstehn kann, daß er also bloß nuntiirt habe, um mich zu beunruhigen. In solchen Fällen wird er die Nuntiatio auf meine Bitte sogleich remittiren, ohne daß ich erst eine förmliche negatoria oder confessoria wegen Störung meines Eigenthums oder meiner Servitut anzustellen brauche. — Steht nun aber auch die Sache nicht so, daß ich auf der Stelle den Prätor von meinem Recht zu bauen überzeugen kann, so ist es mir doch immer gestattet, meinem Gegner einen Calumnieneid abzufordern. L. 5. §. 14. h. t. Weigert sich dieser, ihn zu leisten, so ist das Grund genug zur remissio, denn er erkennt damit an, daß seine Nuntiatio sich nicht auf ein Recht stützt. Vielleicht wurde durch eine solche Weigerung sogar ipso iure und ohne Remission die Nuntiatio vernichtet.

§. 33. Wie nun aber, wenn diese beiden Fälle nicht eintreten? Die Sache ist nicht so klar, daß der Prätor sich bewogen findet, sogleich die remissio zu heben; auch weigert sich der Nuntiant gar nicht, zu schwören, daß er nicht calumniae causa nuntiirt habe. Wie soll es hier zu der Untersuchung über Recht oder Unrecht der Nuntiatio kommen?

Voran versteht es sich, daß der mit dem Nuntiatio prohibirte, so lange er nur noch nichts gegen diese verbrochen hat, sein Recht zu bauen gegen den Nuntianten vindiciren, also nach Umständen die confessoria oder die negatoria gegen ihn anstellen, und so Remission vom Prätor erwirken kann. Hierzu soll er nun aber nie genöthigt werden; der Nuntiant soll vielmehr sein Recht zu verbieten einklagen. Und das ist es, was an mehreren Stellen unsers Titels so ausgedrückt wird:

»operis novi nuntiatione possessorem adversarium »facimus« L. 1. §. 6. L. 5. §. 10. h. t. [8]).

8) Dieser Satz ist von keinem der Interpreten richtig verstanden worden. Bei denen, die vor Savigny's Besitz schrieben, ist das begreiflich, denn sie kannten überhaupt nicht die Bedeutung von possessio, wornach es bei dinglichen Klagen das Verhältniß des Beklagten bezeichnet, s. Savigny R. d. B. Abschn. 1. §. 8. (5te Aufl. p. 86. fgg.) und Puchta über die Negatorienklage im Rhein. Mus. f. Jurisprud. Jg. I. Heft 3. p. 173. fgg. Indeß hätten sie grade durch unsre Stellen auf jene Bedeutung kommen müssen, wäre es ihnen nur eingefallen, die Basiliken LVIII. 10. aufzuschlagen; sie würden da die Worte der L. 1. §. 6. h. t. »in operis autem novi nuntiatione possessorem adversarium facimus« ganz richtig übersetzt gefunden haben »ὁ παραγγέλλων γίνεται ἐνάγων« nach Fabrot »qui nuntiat, fit actor.« Aber auch von den Neueren, denen diese Bedeutung doch nun nicht mehr fremd sein durfte, ist keiner darauf verfallen sie hier anzuwenden. Alle verstehen die Worte von dem Besitze des opus; wahrscheinlich also doch wohl von einem Interdictenbesitz. Ueberlegen wir nur, was herauskommt, wenn man den Satz so nimmt. Die Nuntiatio war eingeführt für beide Fälle, sowohl wenn einer in suo, als wenn er in meo baut. Baut nun aber jemand auf meinem Eigenthum, und ich nuntiire, so verliere ich dadurch den Besitz meines eigenen Grundes, und bringe diesen an einen Fremden. Gegen einen Dritten, dem es einfällt in mein Gebiet einzugreifen, bleibt mir kein Mittel als die vielleicht langwierige Vindicatio; ich muß es meinem Gegner überlassen, ob er mein Eigenthum durch die Interdicte, die ja nun auf ihn übertragen sind, schützen will, oder nicht. Wie konnte es je einem einfallen, unter diesen Bedingungen sich der Nuntiatio zu bedienen? Der Rath, den die L. 5. §. 10. gibt, wenn Einer in meo baut, lieber simpelhin zu prohibiren, um dadurch das interd. qu. vi a. cl. zu gewinnen, als förmlich zu nuntiiren, wäre dann allerdings sehr vernünftig, nur fast überflüssig; denn wie sollte jemand dazu kommen, sich einen so handgreiflichen Nachtheil zuzuziehen? Und wie half man sich denn, ehe das Interdict qu. v. a. cl. eingeführt war? daß es jünger ist als die Nuntiatio läßt sich nicht wohl bezweifeln; gab es denn also damals für den allerdringendsten Fall, wenn jemand auf meinem Grund und Boden unbefugterweise zu bauen oder niederzureißen anfängt, gar keine schleunige Hülfe, oder nur eine, die auf der andern Seite so große Nachtheile hatte, daß sie unmöglich practisch seyn konnte? Dann ferner, wie ließe sich jene sonderbare Eigenschaft der Nuntiatio selbst irgend vernünftig erklären? was hat denn das Verbot in einem Werke fortzufahren, mit dem Besitze dieses Werks zu thun, wie kann ich dem Andern dadurch den Besitz eines Gebäudes einräumen, daß ich ihm verbiete weiterhin Hand an das Gebäude zu legen? Eher könnte man glauben, daß ich durch ein solches Verbot seinen Besitz unterbreche, wenigstens in Hinsicht auf Usucapion. Doch ist das eben so wenig der Fall nach L. 13. D. pro emtore. — Endlich ist noch dieses zu beachten: der Satz um den es sich hier handelt, wird allenthalben allgemein ausgesprochen. So verstanden, wie jene ihn verstehn, könnte er aber doch nur auf die Fälle gehen wo einer in meo baut. Denn

Der welcher nuntiirte soll nicht auf die Klage des Andern warten, sondern selbst das Recht, welches er durch das Werk verletzt glaubt, auf ordentlichem Wege, also mit der actio negatoria oder confessoria, einklagen und so seinen Einspruch rechtfertigen. Thut er das, so erfolgt ein von der Nuntiatio ganz unabhängiger Vindicationsproceß, und er muß sich hier alle Einreden gefallen lassen, die dem Beklagten im ordentlichen Verfahren zustehen. Kann er hier sein Recht, und die Verletzung desselben durch das Werk des Andern nicht beweisen, so wird die Nuntiatio vom Prätor aufgehoben; setzt er die Klage durch, so bleibt die nuntiatio bei Kraft, tenet nuntiatio. Sie dauert also durch den Proceß hindurch, die Litis Contestatio hat gar keinen Einfluß auf sie. Wird das verbotene Werk auch während der Dauer des ordentlichen Processes fortgesetzt, so kann doch sogleich das Interdict auf Restitution angestellt werden; dabei kann man sich ohne

baut er auf seinem eigenen, oder einem ganz fremden Grunde mir zum Schaden, so kann ich ihn nicht zum Besitzer dieses Grundes machen, da er entweder selbst schon Besitzer ist, oder ich es wenigstens nicht bin. — Alle diese Schwierigkeiten sind von den Schriftstellern übersehen, oder wenigstens übergangen worden. Die Ansicht selbst findet sich schon sehr scharf ausgesprochen von Cujaz ad. L. 6. §. 1. si servit. vindic. »si quis aedificet in nostro, nuntiando novum opus eum »facimus dominum rei nostrae. Et hac in re nuntiatio novi »operis similis est vindicationi rei corporalis: nam is qui rem corpo»ralem vindicat ab eo qui eam tenet, vindicando videtur a se pos»sessionem abdicare et in reum eam transferre.« — Reinhardt legt der Stelle einen noch handfesteren Sinn unter. Er sagt p. 11. von der o. n. n. »diese bewirkte nicht, daß das bereits errichtete wieder »niedergerissen werden mußte, sondern bloß dasjenige, was nach der »n. o. n. errichtet wurde, mußte niedergerissen werden, und in die»ser Hinsicht sagt also auch Ulpian in der angeführ»ten L. 5. §. 10. und L. 1. §. 6. daß man durch die o. n. n. »dem Gegner den Besitz einräumt« Und eben so S. 20. »Das bereits errichtete bleibt stehen, weil sein Gegner durch »dieses Rechtsmittel (die o. n. n.) Besitzer wird.« Sein Raisonnement kann nur dieses seyn: durch die o. n. n. mache ich den Gegner zum Besitzer. Da aber kein Besitzer seyn kann, wo nichts zu besitzen ist, so sagt der Satz: das Werk, so weit es da ist, bleibt stehen, damit der Andre etwas zu besitzen habe. — Ueber die Entstehung des Satzes, wie wir ihn verstehn, wird noch unten eine Vermuthung vorkommen.

Zweifel für die hier zu beweisenden Punkte auf die Beweise berufen, die man schon in dem andern judicium geführt hat, z. B. daß man Herr des Grundes ist. Dagegen nutzen dem Beklagten die Exceptionen, die er gegen die actio ordinaria vorgebracht, und etwa schon bewiesen hat, wenn sie nicht schon zur Remission geführt haben, hier gar nicht, es sey denn, daß sie zu den wenigen Exceptionen gehören, die auch gegen das Interdict wirksam sind.

§. 34. Wie aber, wenn der, welcher nuntiirt hat, mit Anstellung der Klage zögert, so daß nur der Andere zu bauen gehindert ist, ohne daß es noch entschieden, ob dem Verbot auch wirklich ein Recht zum Grunde liegt? Die Hülfe, welche wir oben nannten, daß er nun auf sein Recht zu bauen klagt, steht ihm hier freilich immer offen; aber dann wäre ja die Regel: qui nuntiat possessorem facit adversarium, ganz ohne practische Wirkung; denn der Nuntiant wird schwerlich so gefällig seyn, sich nach ihr zu richten, wenn er nicht dazu gezwungen werden kann, und mit Stillsitzen seinen Zweck vollkommen erreicht. Es ist daher dem Gegner außer der Klaganstellung noch ein anderer Weg eröffnet. Der Prätor sagt »quod ius sit illi prohibere, in eo nuntia»tio teneat.« Recht ist hier wie überhaupt im Proceß nur das, wovon der Richter überzeugt, was vom Richter anerkannt ist. Nach jener Regel nun soll, wenn nuntiirt ist, die Präsumtion für die Unrechtlichkeit des Verbotes seyn; diese Präsumtion muß der Nuntiant durch den Beweis seines Rechts zerstören. Thut er das nicht, so wird die Nuntiatio aufgehoben, »quia non ius est illi prohibere.« Ob er nun mit seinem Beweise verunglückt, oder ob er ihn gar nicht versucht, gilt gleich; in beiden Fällen tritt Remission ein. Die Worte des Prätors in der L. un. sagen demnach folgendes: die gerechte Nuntiatio bleibt stehen, die aber, deren Rechtmäßigkeit der Nuntiant nicht nachgewiesen hat, löse ich auf. Wird mir also verboten, in einem Werke fortzufah-

ren, so gehe ich zum Prätor, und bitte um Remission, und der Prätor wird diese nicht versagen, wenn der Andre mit seiner Klage zaudert. Diesen Gang der Sache zeigen die letzten Worte der L. 5. §. 12. h. t.

»Habet autem hoc remedium (sc. satisdationis) uti»litatem, nam remittit vexationem ad Praeto»rem veniendi et desiderandi ut missa »fieret nuntiatio.«

§. 35. In welcher Zeit muß sich denn aber der, welcher novum opus nuntiirt hat, mit seiner Klage melden, damit sie ihm nicht durch eine remissio Praetoris unwirksam gemacht werde? Ich glaube, daß weder vor Justinian noch im Justinianischen Recht ein bestimmter Zeitraum vorgeschrieben war. Der annus des klassischen, und die tres menses des Justinianischen Rechts in L. un. C. d. op. n. n. beziehen sich gewiß nicht hierauf. Schon die Länge der Fristen beweist das hinreichend. Angenommen war der Satz, daß der Nuntiant dem Gegner die Vortheile des Beklagten-Verhältnisses im ordentlichen Proceß einräumte, sich selbst zum Kläger machte. Wie hätte er unter dieser Voraussetzung jenen ein ganzes Jahr, oder auch nur drei Monate lang im Zwange der Nuntiatio erhalten können, ohne sein Recht dazu darzuthun? ihm lag es ja ob zu klagen, und der Gegner sollte dazu nicht genöthigt werden. Die Zeit war vielmehr ganz und gar in die Willkühr des Prätors gestellt, und er gab gewiß sehr schnell die remissio, wenn der Andre keine Anstalten machte, sein Recht zu beweisen.

§. 36. Untersuchen wir denn nun, was jenes Jahr nach altem, die drei Monate nach neuem Rechte bedeuteten. Die L. un. erwähnt eines Jahres, das im alten Recht soll beobachtet worden seyn, von dem sich aber in den Digesten keine Spur findet. Dies erklärt sich leicht, da jenes alte Recht eben durch diese Constitution abgeschafft wurde, und vor Abfassung der Pandecten, in das Jahr 532 fällt. Legen wir

diese Constitution, die so mannigfaltig interpretirt worden ist, ihrem wörtlichen Inhalt nach vor uns hin. Sie lautet so:

»De operis novi nuntiatione quandam antiquis ortam »fuisse dubitationem nostra cognovit tranquillitas, »dicentibus, si quis denuntiationem ad inhibendum »opus miserit, non posse eum post annum elap»sum ex quo denuntiatio missa est iterum aedifica»tionem prohibere. Quod dupliciter iniquum nobis »esse videtur; sive etenim non recte opus prohibuerit, »decet non per totum annum hoc impediri; sive recte »denunitationem emiserit, etiam post annum licentiam »habere aedificationem prohibere. Talem igitur ini»quitatem inhibentes sancimus, si quis denuntiatio»nem emiserit, in hac quidem regia urbe praefec»tum urbi festinare, in provincia vero rectorem eius »intra trium mensium spatium causam dirimere; »sin vero aliquid fuerit quocunque modo ad decisio»nem ambiguitatis impedimentum, licentiam habere »eum qui aedificationem deproperat, opus de quo »agitur efficere prius fideiussore ab eo dato officio ur»bicariae praefecturae, vel provinciali, ut si non »recte aedicaverit, omne opus quod post denuntia»tionem fecerit suis sumtibus destruet.' Sic enim »et opera non per inanes denuntiationes prohibebun»tur, et recte denunciantibus consuletur.«

Vor Alters, erzählt Justinian, habe der Nuntiant, wenn einmal von der Nuntiatio an ein Jahr verlaufen, den Bau nicht weiter einhalten können. Das sey denn aber unbillig, denn falls mit Recht nuntiirt worden, müsse man auch noch nach einem Jahre einschreiten können; falls das Verbot unrechtlich gewesen, dürfe der Andre kein ganzes Jahr gehindert seyn. Wenn also eine Nuntiatio geschehen, so solle der praefectus urbi oder in der Provinz der rector provinciae

eilen in drei Monaten die Sache zu entscheiden; sey sie zu schwierig, und der Bauunternehmer eile mit dem Werk, so solle es ihm unter Leistung von Satisdation gestattet seyn weiter zu bauen.

Nach dem Zusammenhange der Stelle scheint das alte Recht einfach dieses gewesen zu seyn, daß die Wirkung jeder Nuntiatio durch den Zeitverlauf eines Jahres von der Nuntiatio an gerechnet, ipso iure erstarb; so vernahm ich schon in den Pandecten-Vorträgen, die ich in Bonn hörte. Die Worte Justinians: »non posse eum — iterum aedificationem prohibere« haben allerdings etwas Eigenes, und man könnte aus ihnen schließen, daß wenn nach einer Nuntiatio ein Jahr verflossen, man nicht allein aus dieser Nuntiatio kein Interdict mehr hatte, sondern daß man nun auch gar nicht weiter an demselben Orte nuntiiren konnte. Das wäre nun aber schon an sich ein fast undenkbares Recht. Wie hätte wohl der Prohibirte allein dadurch, daß er ein Jahr lang von seinem Unternehmen abstand, sich und seine Nachfolger in infinitum, wenn sie einmal zukünftig dasselbe Werk vornehmen wollten, von der Nuntiatio befreien können? Dann schließen auch die Gründe, die Justinian vorbringt, um die Unbilligkeit des alten Rechts zu zeigen, jenes Verständniß gänzlich aus. Er sagt das Recht sey auf jeden Fall unbillig; denn sey die Nuntiatio rechtlich, so müsse man auch noch länger als ein Jahr, sey sie unrechtlich so müsse man nicht einmal ein Jahr lang prohibiren können. Er führt also Alles auf die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der ersten Nuntiatio zurück, und daraus ergiebt sich daß das prohibere nicht auf eine neue Nuntiatio, sondern auf eine Prohibition aus jener ersten und einzigen Nuntiatio geht: man soll nicht mehr prohibiren können aus einer Nuntiatio, die schon über ein Jahr alt ist. So scheint auch die Glosse die Worte zu verstehn. Nichts war natürlicher und der Sache angemessener als diese Bestimmung. Schon innerhalb des

Jahres konnte ein Singularsuccessor, der in das mit der Nuntiatio belegte Grundstück succedirte, auf sehr unschuldige Weise zu Schaden kommen, wenn er ohne um die Nuntiatio zu wissen das verbotene Werk vornahm. Er verlor hier, wenn das Interdict gegen ihn durchgesetzt wurde, immer seine Baukosten, denn er mußte ja leiden, daß sein Gegner das niederriß was er gebaut hatte. Wie viel gefährlicher mußte das aber seyn wenn die Wirkung der Nuntiatio der Zeit nach gar nicht, oder doch nur durch die Lebenszeit des Nuntianten begrenzt war. Deshalb setzte man fest, daß eine Nuntiatio nicht ins Unendliche fort gelten, sondern wenn das Werk nach Verlauf eines Jahres wieder vorgenommen ward wiederholt werden sollte. — Justinian änderte das, ob zum Vortheile des Instituts, daran zweifle ich. Vielleicht wäre es besser gewesen, wenn er das Recht der drei Monate, welches er einführte, dem alten Recht an die Seite gesetzt, und dieses daneben hätte stehen lassen; denn beide berühren sich eigentlich gar nicht.

In Justinians Recht nämlich stellt sich, wenn ich seine Meinung in jener Constitution richtig verstehe, die Sache so: ipso iure, durch bloßen Zeitverlauf hört eine Nuntiatio in keinem Falle mehr auf wirksam zu seyn. Zögert der Nuntiant ungebührlich mit seiner Klage, so kann der Prohibirte wie vorher sogleich eine remissio erhalten. Klagt aber jener, so soll der Richter nach drei Monaten remittiren, wenn er innerhalb dieser Zeit sein Recht nicht bewiesen hat. Nur wenn die Sache besonders dunkel ist, so daß die Verzögerung des Beweises nicht der Fahrlässigkeit des Klägers schuld gegeben werden kann, so soll die Nuntiatio auch über jene Zeit hinaus dauern, und der Prohibirte soll in diesem Falle auch nach den drei Monaten nur durch Satisdatio Aufhebung der Nuntiatio bewirken. — Ueberzeugt der Kläger den Richter von der Rechtmäßigkeit seiner Nuntiatio, so dauert diese fort, und verliert durch bloßen Zeitverlauf nie ihre Kraft. Im Ganzen stimmt mit dieser Erklärung wohl überein c. ult. X. d. novi op.

nunt. (von Gregor IX.). Der Sinn ist nicht etwa, daß der Richter überhaupt erst nach drei Monaten Remission geben solle, auch wenn der Nuntiant nicht klage. Die Worte sind diese:

»Is, cui opus novum te nuntiasse proponis, non ob»stante cautione quae offertur ab ipso de opere de»struendo si non iure aedificatum existat, tenetur »te per trium mensium spatium exspectare, iuris »tui praeiudicium probare volentem«

das heißt ja gerade: der Prohibirte erhält erst nach drei Monaten Remission, wenn du sogleich den Beweis Deines Rechts klagend versuchst. Auf jeden Fall zeigt die Stelle nur, wie Gregor Justinians Worte verstand, denn daß er nichts Neues geben wollte, ist deutlich, und so ist es nur Justinians Gedanke selbst, auf den es ankommt. Ueber die Worte: non obstante — existat. unt. S. 622.

§. 37. Wir haben also gefunden, nach altem Rechte außer durch Remission ward die Nuntiatio aufgehoben

II. durch den Verlauf eines Jahres von dem Zeitpunkt der Nuntiatio an gerechnet. Im Justinianischen Recht fällt das weg. — Weiter aber hörte die Wirkung der Nuntiatio auf

III. durch Cautionsleistung des Prohibirten. Der Nuntiant stipulirte, daß, wenn er im ordentlichen Processe sein Recht zu verbieten nachgewiesen hätte, oder der Andre contumax wäre, was inzwischen gemacht sey restituirt oder das Interesse prästirt werden sollte. L. 21. §. 2. 4. h. t. L. 2. §. 1. D. d. stipulat. praetor. Die Stipulation war ohne Zweifel auf die Sache selbst gestellt, d. h. es ward ihr nicht die Handlung der einzelnen Person von der stipulirt ward, sondern auch die der Successoren in rem und in ius als Bedingung unterlegt; sie lautete nicht »quod feceris« sondern »quod factum erit.« Daß der Erbe darin genannt wurde, sagt uns L. 8. §. 7. h. t. Die Stipulation konnte vollständig etwa so heißen: Quem in locum nuntiatum est, ne quod

novum opus fieret, quod in eo loco aut per te aut heredem tuum aut per eum qui tibi heredive tuo in rem successerit, factum erit, si iniuria id factum esse apparebit aut res non defendetur, id nisi restituetur, quanti ea res erit dare spondes? 9)

§. 38. Durch diese Caution ward nun nicht etwa eine Exceptio gegen das Interdict erworben, sondern die Nuntiatio selbst wurde durch sie rein aufgehoben, und somit alle Möglichkeit das Interdict anzustellen. Die Caution soll für Remission gelten. Man konnte sich zwar, wenn man Caution gestellt hatte, auch noch eigends eine Remission geben lassen, aber das war nicht nöthig, denn die Caution hatte schon an sich dieselbe Kraft:

L. un. §. 2. de remissionib.

»Plane si satisdatum est, et exinde remissio facta »est, non est necessaria remissio«

und besonders zeigt dieß die L. 5. §. 17., deren Endworte schon oben zu einem andern Zwecke angeführt wurden:

»Si is cui nuntiatum erit ex operis novi nuntia»tione satisdederit, repromiseritve, aut per eum »non fiet, quominus boni viri arbitratu satisdet re»promittatve, perinde est, ac si operis novi nun»tiatio remissa esset. Habet autem hoc remedium »utilitatem, nam remittet vexationem ad Praetorem »veniendi et desiderandi, ut missa fieret nuntiatio.«

Einige Bemerkungen über diese Stellen und die Natur der Caution bei der Nuntiatio überhaupt werden noch unten vorkommen, wo wir bei dem Interdict qu. vi a. cl. von Caution handeln. Der, welcher so cavirt hat, gewinnt den großen Vortheil, daß er nun, was er inzwischen baute, nur dann zu restituiren braucht, wenn es sich zeigt, daß er iniuria gebaut hat, anders wie bei dem Interdicte, wo auf sein Recht zu bauen gar keine Rücksicht genommen wurde.

9) S. Rhein. Mus. f. Jurispr. Bd. 1. S. 78. 79.

§. 39. Außerdem wird durch die Satisdation ein eignes prohibitorisches Interdict gegen jede fernere Störung des Baues vor entschiedener Sache erworben. L. 20. §. 9. h. t. Es ist ein interdictum perpetuum, und steht nicht allein dem der die Caution leistet, sondern eben so gut allen Successoren zu §. 16. ibid.; aber nur so lange mit der Caution noch etwas auszurichten ist. Ist sie also nur auf eine gewisse Zeit bestellt, und die Zeit ist abgelaufen, oder wird der, von welchem stipulirt ist, insolvent, oder stirbt ohne Erben u. s. w., so fällt dieses Interdict weg §. 14. ibid.

§. 40. Ein freilich leicht begreifliches Mißverstehen der L. un. C. cit. hat hier Verwirrung hervorgebracht. Schon die Glossatoren waren hier zweifelhaft und uneinig unter sich. Manche verstanden die Stelle so, durch Satisdatio könne man sich von dem Interdict nur nach Verlauf von drei Monaten, von der Nuntiatio an, befreien, eher nicht. s. gloss. ad L. 20. §. 5. D. h. t. v. »remitti.« So versteht auch der Commentator in seinem Summarium zu dieser Stelle die Worte. Die Erklärung, welche oben von derselben gegeben ist, scheint mir aber dem Zusammenhang angemessener. Es ist gar nicht die Rede davon, daß sich der Prohibirte nicht auch vorher von der Nuntiatio durch Caution befreien kann, das kann er zu jeder Zeit, so lange überhaupt die Caution noch Sinn hat. Der Unterschied ist nur der, daß die Remission nach den drei Monaten regelmäßig ohne Satisdation, nur in gewissen Fällen auch dann noch, wie immer vor Ablauf jener Frist, nicht anders als gegen Satisdation gegeben wird. Dasselbe Mißverständniß scheint den Worten in c. ult. X. d. n. o. n. cit. »non obstante —— existat« zum Grunde zu liegen, und so mögte ich auch hier das Justinian. Recht einem Irrthum im Canon. R. vorziehen. Jedoch könnten die Worte auch als Bedingung: »vorausgesetzt, daß nicht cavirt wurde«, übersetzt werden, wenn nur nicht c. pen. ult. eod. dieß untersagte. Die Praxis, so viel ich erfahren können, hat sich auch meistens

dafür entschieden, daß der Regel nach gleich auf Satisdation fortgebaut werden kann.

§. 41. Was bei den Cautionen im Allgemeinen gilt, das tritt auch hier bei der Caution wegen Nuntiatio ein, daß es nämlich für die Wirkungen gleichgültig ist, ob sie wirklich geleistet, oder nur angeboten, und von dem, dem sie zu leisten war, ausgeschlagen worden ist. L. 5. §. 17. L. 20. §. 9. §. 13. h. t.

§. 42. Von dieser Caution kann überhaupt ihrer Natur nach nur so lange die Rede seyn, als es noch ungewiß ist, ob zum Verbieten ein Recht da war oder nicht. Ist das entschieden, so tritt nun entweder Remission ein, oder die Nuntiatio wird bestätigt, tenet nuntiatio. Im ersteren Falle bedarf es keiner Caution mehr, da alles Hinderniß zu bauen weggefallen ist. Aber auch wenn die Nuntiatio als nothwendig vom Richter anerkannt und bestätigt ist, kann von der Caution nicht mehr die Rede seyn; ihr würde gänzlich das Object fehlen, denn sie soll sich eben auf den Ausgang des iudicii beziehen, sie ist eine iudicialis wie das L. 1. §. 1. d. stipulat. praetor. gradezu sagt. Nach beendigtem iudicium kann von ihr so wenig als von einer cautio iudicatum solvi, die eben in jener Stelle mit ihr zusammen genannt wird, mehr die Rede seyn.

§. 43. Was bisher gesagt ist, bezog sich blos auf die Caution, die wegen Verletzung eines Privatgrundstücks geleistet wird. Anders verhält es sich, wenn von Beeinträchtigung eines fundus publicus die Rede ist. In L. 8. §. 3. h. t. und L. 1. §. 6. de stipulat. praetor. (vgl. L. 20. §. 13. h. t.) wird uns gesagt, daß, wenn propter utilitatem publicam nuntiirt ist, der Nuntiant sich mit einer nuda cautio, oder nuda repromissio begnügen muß. Diese Caution nun aber scheint eine ganz andre Natur zu haben, als die bei Verletzungen des Privatrechts. Der einzige Grund, warum der Prohibirte im letzteren Falle Caution leistete, war der, daß er sich dadurch von dem Interdict aus der Nuntiatio befreite, und nun

bis zur Beendigung der legitima actio ruhig weiter bauen konnte unter dem Schutze eines eigenen Interdicts aus der Caution.

Und diese Folge soll die Cautionsleistung im Falle einer nuntiatio publica nicht haben.

L. 20. §. 13. h. t.

»perinde si satisdatum non est, sed repromissum, »interdicto huic« (dem Interdict aus der Caution) »locus non erit; neque enim permittendum »fuit in publico acdificare priusquam »appareat, quo iure quis aedificet.«

Wenn das nun ist, wozu dient denn dem Prohibirten die Caution, und wie kann er sich überhaupt je bewogen fühlen, sie zu leisten, da sie nur seinem Gegner Vortheil und Sicherheit bringt, nicht ihm? Aus dieser Schwierigkeit ist nur so herauszukommen, daß wir die Worte »repromittere debebit« in der citirten L. 8. §. 3. h. t. streng nehmen: er muß in diesem Falle Caution leisten. Auf welche Weise er gezwungen werden kann, ist nicht angegeben, aber wahrscheinlich ist es, daß wenn er sich weigert, der Prätor ähnlich wie bei der cautio de damno infecto dem Nuntianten sogleich eine missio in rem gab, in das Werk nämlich. Da fragt es sich denn nur, wie erklärt sich dieser Zwang, und wozu sollte er dienen? wie konnte es nöthig seyn, dem Nuntianten hier zwangsweise eine actio ex stipulatu zu verschaffen, da er dasselbe mit dem Interdict erreichte? An eine stipulatio poeae ist hier nicht zu denken; es kommen zwar Fälle im Röm. Recht vor, wo man zu einer solchen gezwungen werden kann, aber da ist immer die Summe genau bestimmt, die zu versprechen ist; davon ist hier keine Spur. Ueberdem ist L. 2. §. 1. d. stipulat. praetor. klar genug, sie sagt ganz allgemein, der Gegenstand der Stipulation wegen operis novi nuntiatio sey die Restitution des Werks, und in dem vorhergehenden Fragment ist von beiden Arten der cautio sowohl der bei der nuntiatio publica als der privata die Rede gewesen.

Irgend eine utilitas publica muß hier vorhanden seyn; sie liegt, wenn ich nicht irre, in Folgendem: Ist die Nuntiatio angestellt aber nicht Caution geleistet worden, der Prohibirte baut dennoch weiter, und stirbt vor Anstellung des Interdicts, so haftet sein Erbe, wie wir sahen, für das Delict seines autor nur insofern er bereichert ist, sonst nur ad patientiam praestandam wie jeder Besitzer. So wird in diesem Falle das Gemeinwesen aus der Nuntiatio wenig gewinnen; denn es wird sich nicht so leicht einer finden, der, wenn er um des öffentlichen Rechts willen nuntiirt hat, nun auch diesem zu Gefallen das Werk auf seine eigenen Kosten niederreißen will. Deshalb, damit die gemeine Sache durch den Tod des Bauherrn nicht zu Schaden komme, muß dieser gleich Caution leisten. So ist ein festes persönliches Verhältniß zwischen ihm und dem Nuntianten begründet, und dieser, so lange noch ein Universalsuccessor da ist, für die Kosten der Restitution gesichert.

§. 44. Wir wollen was bisher über die Aufhebungsarten der Nuntiatio, wenn sie nach Justinianischem Recht gelten, gesagt worden ist, mit ein paar Worten wiederholen.

Werde ich aus Privatinteresse an meinem Bauunternehmen mit der Nuntiatio gehindert, so habe ich drei Wege, mich von dem Zwange zu befreien: entweder ich biete Caution an; oder ich gehe zum Richter und bitte um Remission: ist dann der Nuntiant nicht zum Klagen bereit, so wird mir diese sogleich ertheilt, klagt er, nach drei Monaten, wenn er bis dahin sein Recht nicht dargethan hat, außer in besonders verwickelten Fällen, wo die Remission aufgeschoben werden kann; oder endlich ich klage selbst mein Recht gegen die Sicherung ein, die in dem Verbote liegt. Bei der nunliatio ob p u b l i c a m utilitatem steht mir nur der letzte Weg offen, denn es wird mir nicht zu bauen erlaubt, bevor mein Recht dazu klar ist. Hieraus folgt zugleich, daß die Regel »nuntiando possessorem facimus adversarium« nur auf die nuntiatio p r i v a t a anwendbar ist.

§. 45. Außer durch Remissio und Satisdatio wird die Nuntiatio aufgehoben

IV. wenn der Nuntiant aufhört ein Interesse zu haben, daß das Werk nicht entstehe; denn vom Augenblick der Nuntiatio an richtet sich Alles nach seiner Person. Geschehen kann das so, daß das Grundstück welches verletzt war unterging durch Erdbeben, Bergfall, dauernde Ueberschwemmung u. s. w.; oder durch Verlust des Eigenthums an dem Grundstück L. 8. §. 6. h. t., oder des Rechts, welches zur procuratoria nuntiatio befähigte. Eben so geht die nuntiatio unter

V. wenn die Person des Nuntianten selbst wegfällt. L. 8. §. 6. davon oben S. 599. Endlich

VI. wenn das verbotene Werk unmöglich wird.

§. 46. Es bleibt zum Beschlusse der Abhandlung über die operis novi nuntiatio noch übrig, daß wir unserm Versprechen gemäß die Natur der sogenannten nuntiatio publica etwas näher untersuchen. Wir verstehen hier unter diesem Worte nicht die Nuntiatio, welche um des öffentlichen Wohls willen, sondern die, welche unter öffentlicher Auctorität geschieht. Das ist die Bedeutung, die die Commentatoren ihm unterlegen. Es ist zu hoffen, daß die Entwickelung dieses Gegenstandes für die Geschichte unsers Instituts überhaupt nicht ganz unfruchtbar seyn wird.

An zwei Stellen unsers Titels wird einer Angehung des Prätors bei der Nuntiatio Erwähnung gethan, in L. 1. §. 2. und L. 16. h. t. Die erstere sagt nichts, als daß zur Nuntiatio die aditio Praetoris nicht nothwendig sey. Hier kommt man sogleich auf die Frage: wie konnte denn jemals einer dazu kommen, zum Prätor zu gehen, wenn das nicht nöthig war? Dieser Zweifel ließe sich noch recht wohl aus der oben angeführten L. 8. §. 5. unsers Titels lösen: wer nuntiiren will, läßt sich vom Prätor ein Decret geben, um die Maaße von dem angefangenen Werk zu nehmen. Dieses modulos sumere war ja selbst keine wesentliche Form bei der

Nuntiatio, es war nur für den künftigen Beweis meist rathsam; und so ließen sich damit die Worte der L. 1. §. 2. »nuntiatio non habet necessariam Praetoris aditionem gut in Verbindung bringen. Aber daraus erklärt sich nicht, was uns in der andern Stelle gesagt wird.

L. 16. h. t.

»Si opus novum Praetor iusserit nuntiari, deinde »prohibuerit, e priori nuntiatione agi non potest, »quasi adversus dictum eius factum sit.«

Von einem Befehl des Prätors zu nuntiiren ist hier die Rede. Nimmt man nun auch an, daß der, welcher die Absicht hatte zu nuntiiren sich einen solchen Befehl geben ließ, um seiner Nuntiatio mehr Nachdruck zu verschaffen, so ist doch nicht zu begreifen, wie der Prätor dadurch, daß er seinen Befehl, den er gegeben hatte, nachher wieder aufhob, die geschehene Nuntiatio ungültig machen konnte. Das Recht zu nuntiiren hatte ja in dem Edict selbst seine Quelle; jener specielle Befehl konnte es höchstens verstärken, nicht aber hervorbringen. Wie mochte dann, da der Befehl des Prätors nicht den Grund der Nuntiatio ausmachte, diese mit ihm zugleich wegfallen?

Die Sache erklärt sich, und manches Andre noch hellt sich auf, wenn wir folgenden historischen Zusammenhang annehmen.

Die operis novi nuntiatio ist ein altes civiles Institut. Die strenge Form, die civilen Erfordernisse, zeigen das hinlänglich. Dahin deutet auch, wenn gleich nicht streng beweisend, daß das Interdict aus der Nuntiatio nicht ein annale ist, sondern ein perpetuum *).

Ehe der Prätor das Institut in sein Edict aufnahm, und allgemein ein Interdict aus der Nuntiatio versprach, mußte der, welcher nuntiiren wollte, um seiner Nuntiatio Kraft zu verschaffen, in jedem einzelnen Falle zum Prätor gehen, und sich von ihm einen Befehl, eine Vollmacht, auf diese förmliche Art zu verbieten, geben lassen. Dem Befehl mußte eine

*) Reinhardt beginnt freilich seine Arbeit gleich mit diesen Worten »Daß die o. n. n. aus dem Edict des Prätors entstand, »ersehen wir aus der L. 1. pr. D. h. t., welche so beginnt: »Hoc »edicto primittitur« und ein Bruchstück aus Ulpians 52sten Buch »ad edictum ist.« Auf diese Weise möchte sich wohl noch gar manches Andre als aus dem Edict entstanden, nachweisen lassen, von dem man bisher glaubte, es sey in das Edict aufgenommen worden. Es hängt das mit der Ansicht von der Thätigkeit des magistratus als einer gesetzgebenden zusammen.

causae cognitio vorausgehen, damit nichts Unrechtes befohlen würde, und zu diesem Zwecke wurde dann auch der Gegner, der Unternehmer des Werks vor den magistratus geladen. Konnte man nun den Prätor überzeugen, daß das Erforderliche zur nuntiatio vorhanden, daß man Eigenthümer sey, und daß der Bau das Grundstück faktisch beeinträchtige, so ertheilte der Prätor den Befehl zu nuntiiren, und auf diesen Befehl wurde der Act der Nuntiatio an Ort und Stelle förmlich vorgenommen. Fehlte dann der Andre nachher gegen dieses Verbot, so hatte er zugleich gegen das dictum Praetoris gefehlt, denn von diesem ging die Kraft des Verbotes aus; er mußte restituiren, und es bedurfte keines Beweises weiter von Seiten des Nuntianten, daß er zur Nuntiatio befugt gewesen, denn der Prätor selbst hatte diese Befugniß in ihm anerkannt; zu zeigen war da nur noch, daß die Nuntiatio selbst formell richtig vor sich gegangen sey. Aenderte der Prätor, nachdem er den Befehl gegeben, seine Ansicht, und nahm ihn zurück, so konnte nun nicht mehr gültig aus dem Befehle nuntiirt werden. Das Verbot hatte besondere Kraft nur durch die auctoritas, welche der Prätor hineingelegt hatte; zog er diese durch Widerruf heraus, so blieb ein ganz gewöhnliches Verbot über. Die besondern Formen der Nuntiatio wirkten nur, insofern sie anzeigten, daß das vom Nuntianten gesprochene Wort zugleich ein dictum Praetoris sey. War das nicht mehr der Fall, so waren auch die Formen leer. Ferner war schon vor der Prohibition des Prätors auf seinen Befehl nuntiirt, so mußte diese Nuntiatio durch die Prohibition ihre Wirkung verlieren; der Prätor vernichtet durch seinen Widerruf die Kraft, die er durch seinen Befehl der Nuntiatio beigelegt hatte; es konnte nun nicht mehr zur Execution derselben kommen.

Das Verhältniß änderte sich mit der Aufnahme der operis novi nuntiatio in das Edict. Hier versprach der Prätor ganz allgemein, er wolle jede Nuntiatio schützen. Vorausgesetzt wurde natürlich die Bedingung, daß sie gültig geschehen sey. Nur brauchte man nicht mehr in den einzelnen Fällen zum Prätor zu gehen, und sich eine Vollmacht auszubitten; die allgemeine Vollmacht, die im Edict gegeben war, reichte für alle Fälle hin. Das ist der Sinn der L. 1. §. 2. Die Worte »nuntiatio ex hoc edicto« scheinen diesen Gang anzudeuten. War nun aber so aus dem Edict nuntiirt und es wurde dann wegen Verletzung das Interdict angestellt, so konnte, wie sich oben gezeigt hat, der Beklagte die Anwendbarkeit jenes generellen Befehls auf den besonderen Fall leugnen.

Vor Alters hatte der Prätor in jedem einzelnen Falle, schon ehe die Nuntiatio geschah, anerkannt, daß alles dazu erforderliche vorhanden sey; im Edict dagegen war über den besondern Fall gar nichts enthalten. Der Prätor hatte aus jeder gültigen Nuntiatio ein Interdict versprochen, aber er hatte keine einzelne Nuntiatio schon im Voraus für eine gültige erklärt. Gab daher der mit dem Interdict Belangte die Gültigkeit nicht zu, so mußte der Nuntiant diese beweisen.

Durch jene Aufnahme in das Edict nun aber kam die alte Weise nicht ganz außer Gebrauch. Man fand es auch jetzt noch manchmal bequemer, zum Prätor zu gehen, ihn von seinem Rechte auf die Nuntiatio zu überzeugen, und auf seinen Befehl zu nuntiiren, um dann, wenn der Andre sich nicht daran kehrte, sogleich ohne allen weitern Beweis über Rechtmäßigkeit und Zuläßigkeit der Nuntiatio mit dem Interdict Restitution verlangen zu können. Wählte man nun aber diesen Weg, der sich von dem nun schon gewöhnlicheren hauptsächlich durch die Anticipirung des Beweises unterschied, und misglückte der Beweis, der Prätor versagte den Befehl, so konnte man dann auch nicht mehr aus dem Edict nuntiiren. Das Interdict wurde aus einer solchen Nuntiatio nicht gegeben, weil es nicht zu gestatten war, den einmal mislungenen Beweis hier von Neuem zu versuchen; man hatte es ja darauf gestellt, den Beweis gleich vor der Nuntiatio zu führen. Es wurde so behandelt, als wenn man auf dem gewöhnlichen Wege nuntiirt, dann aber beim Interdict den Beweis nicht geführt hatte. In beiden Fällen blieb nur die Zuflucht zu den legitimae actiones übrig, denn diese blieben stehen, sowohl wenn man das Interdict nicht durchgesetzt hatte, als wenn gleich vom Anfang die Vollmacht zur nuntiatio vom Prätor abgeschlagen worden war. So erklärt sich die L. 19. h. t. eine Hauptbeweisstelle für unsre Hypothese:

> »sciendum est, denegata *executione operis* »*novi* nihilo minus integras legitimas actiones ma»nere, sicut in his quoque causis manent, *in qui»bus ab initio operis novi nuntiationem* »*Praetor denegat.*«

Auch jetzt noch mußte es, wenn man die alte Weise zu nuntiiren vorgezogen hatte, gleichgültig sein, ob der Prätor den erbetenen Befehl vom Anfang verweigerte, oder den gegebenen nachher zurücknahm. In beiden Fällen setzte der Nuntiant das Interdict nicht durch: im ersten Falle, weil der Gegner gar nicht gegen das Wort des Prätors gehandelt, im andern, weil der Prätor selbst sein Wort entkräftet hatte.

§. 47. So lösen sich, glaube ich, die Schwierigkeiten der L. 16. Aber auch noch etwas Anderes ist es, was wir durch Annahme jenes historischen Ganges gewinnen. Es ist oben weitläufig von dem Satze die Rede gewesen, daß der Nuntiant seinen Gegner zum Besitzer mache. Seine Bedeutung ist angegeben worden; aber unerörtert ist dabei die Frage geblieben, wie er habe entstehen können, und wie jene Besitzeinräumung mit der eigenthümlichen Natur der Nuntiatio zusammenhänge. Hier wird sich eine leichte Auflösung des Problems ergeben. Der ursprüngliche Hergang der Sache ist wohl so aufzufassen. Mein Nachbar baut zum Schaden meines Gutes, und ich wünsche ihn daran zu hindern; ich gehe daher zum Prätor und zeige ihm an, daß da etwas mir und meinem Grundstücke zum Schaden unternommen werde. Er wird mich auf die gewöhnlichen Rechtsmittel, die legitimae actiones verweisen. Ich habe auch im Sinn die anzustellen, aber ich verlange bis dahin daß durch ihren Ausgang entschieden ist, ob er Recht hat oder ich, daß das Werk eingehalten werden soll. Der Prätor untersucht nun die Sache, so weit das für die nuntiatio erforderlich, und wenn die Umstände darnach sind, so berechtigt er mich, dem Andern zu befehlen, daß er fürs erste von seinem Unternehmen abstehe. Das gilt aber nur unter der Voraussetzung, daß ich nun auch klage. Die Nuntiatio soll nur Vorbereitung meiner Klage seyn, es soll dadurch nichts erreicht werden, als daß während des Proceßlaufs Alles beim Alten bleibe. Diese Modalität ist dem Befehle des Prätors sogleich mitgegeben; er will mich nicht berechtigen überhaupt und für immer ein Werk unmöglich zu machen, dessen Unrechtmäßigkeit ich noch nicht nachgewiesen habe; er gibt mir die Kraft des Einspruchs nur unter der Bedingung, daß ich nun auch diesen Einspruch sogleich rechtfertige.

So muß man sich also nicht denken, der Act der Nuntiatio sey eine Klagankündigung gewesen, in dem Sinn daß die Formel dieß schon ausgesagt habe. Die Nuntiatio war nichts als ein förmliches Verbot; aber die Natur und der Zweck des Verbotes brachte es mit sich, daß ihm nothwendig sogleich die Klage des Nuntianten folgen mußte, und in dieser Art enthielt sie allerdings eine Klagankündigung. Das gibt dann die Regel: »nuntiando possessorem facimus adversarium« und damit wollen wir diesen Theil unsrer Untersuchung abschließen.

die dahin sich beziehenden Bemerkungen in der „Abhandlung über Aristophanes Wolken von J. W. Süvern (Berlin 1826)“; von Hrn. Prof. Reisig. — Ueber die Zahlenlehre der Pythagoreer und Platoniker, von Herrn Professor Brandis. — Winke aus germanischen Sprachen, Gebräuchen und Gesetzen, von Hrn. Prof. E. M. Arndt. — De vocabulis βουγάϊος, βούβρωστις, βούπαις ac similibus. Scripsit Ludovicus Doederlein. — Von der Blutgerichtsbarkeit des Areopagitischen Rathes, von Hrn. Prof. Meier. — Recherches sur un passage de la guerre d'Jonie dans Thucydide d'après un Ms. non collationné, par M. Gail. — Ueber den Unterschied zwischen Annalen und Historie, von Hrn. Geh. Staatsrath Niebuhr. — Bemerkungen über die Philosophie der Megarischen Schule, von Hrn. Prof. Heinr. Ritter. — Ueber die Veroneser Bruchstücke einer Handschrift des Livius, von Hrn. Prof. Blume. — Ueber die sogenannten Pseudeponymi in Demosthenes Rede für den Ktesiphon, von Hrn. Dr. Spengel. — Francisci Fabricii animadversiones in M. Tull. Ciceronis duas orationes ad Quirites post reditum et post reditum in senatu ex manuscripto nunc primum edidit P. J. Elvenich. — Archäologische Bemerkungen aus einem Briefe an Herrn Prof. Welcker; von Hrn. Dr. Panofka.

Der erste Jahrgang dieser Zeitschrift, 1827, Preis 2 Thlr., enthält folgende Aufsätze:

Ἀριστείδου λόγος πρὸς Δημοσθένην περὶ ἀτελείας. Aristidis adversus Demosthenem oratio de immunitate. Ex editione Romana emendatiorem edidit G. H. Grauert. — Ueber die Logisten und Euthynen der Athener, mit einem Vorwort und einem Anhang, von Hrn. Prof. Böckh. — Ueber das Zeitalter Lykophrons des Dunkeln; von Hrn. Geheimen Staatsrath Niebuhr. — Grundlinien der Lehre des Socrates; von Hrn. Prof. Brandis. — Lud. Schopeni Specimen in Ael. Donati commentarios Terentianos, ad novam totius operis editionem indicendam propositum. — Ueber den chremonideischen Krieg; von Hrn. Geh. Staatsrath Niebuhr. — Guilelmi Henr. Grauerti ad Marcellini vitam Thucydidis observationes criticae. — Ueber Xenophons Hellenika; von Hrn. Geh. Staatsrath Niebuhr. — Ueber die homerischen Chorizonten; von Hrn. Prof. Grauert. — Loci aliquot tum emendati tum accuratius illustrati in Ciceronis oratione pro Archia; scripsit P. I. Elvenich. — Zur Erklärung und Berichtigung ciceronischer Stellen; von Hrn. Geh. Staatsrath Niebuhr. — Ueber die Schicksale der Aristotelischen Bücher und einige Kriterien ihrer Aechtheit; von Hrn. Prof. Brandis. — Ein Bruder des Dichters Alkäos ficht unter Nebukadnezar; von Hrn. Prof. K. O. Müller. — Lectiones Venusinae; von Hrn. Oberbibliothekar Hofrath Fr. Jacobs. — Ueber die Absicht und Zeit des sophokleischen Oedipus auf Kolonos; von Hrn. Prof. Karl Lachmann. — Ueber die Werke des Dichters Aratus von Soli; von Hrn. Professor Grauert. — Miscellen, von Hrn. Geheimen Staatsrath Niebuhr: Die Sikeler in der Odyssee. — Eine Bedenklichkeit über die Bedeutung eines Wortes. — Bruchstücke vom Senatusconsult über Germanicus Ehren. — Ueber eine Stelle im Persius. — Erklärung als Herausgeber. — Bericht über den Fortgang der Bonner Ausgabe der Byzantiner.

Inhalt des dritten Jahrgangs.

Seite







